# DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

## CURSO ELEMENTAR

FRANCISCO REZEK

DIREITO
INTERNACIONAL
PÚBLICO
CURSO ELEMENTAR

FRANCISCO REZEK

13ª edição
revista, aumentada e atualizada

2011

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

**FILIAIS**

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

102.469.013.001

ISBN 978-85-02-12668-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rezek, José Francisco
Direito internacional público : curso elementar / Francisco Rezek. – 13. ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2011.

Bibliografia.

1. Direito internacional público I. Título.

10-13895 CDU-341

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito internacional público 341

***Diretor editorial*** *Antonio Luiz de Toledo Pinto*
***Diretor de produção editorial*** *Luiz Roberto Curia*
***Gerente de produção editorial*** *Lígia Alves*
***Editor*** *Jônatas Junqueira de Mello*
***Assistente editorial*** *Sirlene Miranda de Sales*
***Assistente de produção editorial*** *Clarissa Boraschi Maria*
***Preparação de originais*** *Camilla Bazzoni de Medeiros*
*Raquel Modolo de Nardo*
***Arte e diagramação*** *Cristina Aparecida Agudo de Freitas*
*Lídia Pereira de Morais*
***Revisão de provas*** *Rita de Cássia Queiroz Gorgati*
*Rita de Cassia S. Pereira*
***Serviços editoriais*** *Ana Paula Mazzoco*
*Carla Cristina Marques*
***Capa*** *Orlando Facioli Design*
***Produção gráfica*** *Marli Rampim*
***Impressão***
***Acabamento***

**Data de fechamento da edição: 27-12-2010**

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

*“Parece que o rebaixamento dos padrões estéticos na guerra desempenha um papel dificilmente menor em nossa revolta do que sua crueldade. [...] Pode não ser utópico esperar que esses dois fatores, a atitude cultural e o justificado medo das consequências de uma guerra futura, venham a resultar, dentro de um tempo previsível, em que se ponha um término à ameaça da guerra. Por que caminhos ou atalhos isto se dará, não podemos adivinhar. Mas uma coisa podemos dizer: tudo quanto estimula o crescimento da civilização trabalha simultaneamente contra a guerra.”*

(*Sigmund Freud*, CARTA A ALBERT EINSTEIN, Viena, setembro de 1932)

*À memória de*
*Elias Rezek.*

# ÍNDICE GERAL

Seção II — CLASSIFICAÇÃO DOS TRATADOS



Seção III — PRODUÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL



Seção IV — EXPRESSÃO DO CONSENTIMENTO

Capítulo I
O ESTADO

Capítulo II

ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Capítulo I
O MAR



Capítulo II
RIOS INTERNACIONAIS

# DO PREFÁCIO DE JOSÉ SETTE CAMARA À 1ª EDIÇÃO

O direito internacional desenvolveu-se extraordinariamente depois da segunda guerra mundial.

O convívio dos Estados em uma comunidade juridicamente organizada e a intensificação das relações entre os povos produziram uma nova tessitura de normas em grande parte incorporadas em convenções, que deu à vida internacional um ordenamento jurídico de que jamais dispôs no passado.

Cada dia é mais importante o conhecimento do direito internacional para o profissional das leis, de vez que a repercussão dos problemas internacionais na vida crescente de convenções vigentes, que, por força da promulgação, passam a fazer parte da ordem jurídica interna dos Estados.

A codificação e o desenvolvimento progressivo do direito internacional transformam o velho direito das gentes, outrora uma disciplina vaga, um amontoado frouxo de princípios consuetudinários e práticas tradicionais, esparsamente incorporados em convenções, num dos mais vivos e florescentes ramos da ciência jurídica.

Daí a importância de livros como este curso, que indicam o caminho da volta às nossas melhores tradições de respeito ao primado do direito nas relações entre os Estados, de devoção da melhor doutrina e dos nossos maiores juristas ao estudo dos problemas do direito internacional.

Rio de Janeiro, outubro de 1988.
José Sette Camara (1920-2002)
Embaixador do Brasil, Juiz (1979-1988)
e Vice-Presidente (1982-1985) da Corte Internacional de Justiça.

# DO PREFÁCIO DO AUTOR À 12ª EDIÇÃO

O livro preserva ainda hoje o que foi seu propósito original: ensinar o direito internacional público a quem queira ter uma noção precisa do que é este domínio da ciência jurídica, fazendo-o com absoluto rigor científico, mas poupando o leitor de tudo quanto seja, para aquele fim, supérfluo, redundante, declamatório. Como nas edições anteriores, o livro pode ser inteiramente assimilado por quem tenha outra formação que não a jurídica, sob a só condição do bom senso — pressuposto indescartável do direito, se não de todo o conhecimento humano.

Uma revisão integral do texto precedeu sua atualização, com dados contemporâneos da ida ao prelo, e houve certo número de acréscimos ao texto principal. Numa evocação da obra de Hélio Tornaghi, o grande mestre do processo penal na minha juventude, plantei no texto, de modo esparso e graficamente distinto, certas *leituras*. São quase sempre votos meus, não necessariamente vitoriosos, no Supremo Tribunal Federal e na Corte Internacional de Justiça, que de algum modo favorecem o entendimento da matéria ou revelam, aqui e ali, sua dimensão controvertida.

No prefácio das edições anteriores mais recentes, lembrei que crescia na consciência coletiva de nosso tempo um sentimento de saturação com a desordem e o arbítrio no cenário internacional, um generalizado senso crítico ditado em parte pela ética, em parte pela razão pura; prenúncio provável de uma era onde mal conseguiríamos acreditar que de fato aconteceu na virada do século, sob nossos olhos, aquela extrema banalização

do sacrifício da dignidade humana. Tenho agora a convicção de que haverá tempo, no espaço de nossas vidas, para ver construída uma sociedade internacional em definitivo estado de direito. Compartilho, uma vez mais, essa esperança com o leitor deste livro.

# INTRODUÇÃO

**1. Ordem jurídica numa sociedade internacional descentralizada.** Uma advertência deve ser feita a todo aquele que se inicia no estudo do direito internacional público. A sociedade internacional, ao contrário do que sucede com as comunidades nacionais organizadas sob a forma de Estados, é ainda hoje *descentralizada*, e o será provavelmente por muito tempo adiante de nossa época. Daí resulta que o estudo desta disciplina não ofereça a comodidade própria daquelas outras que compõem o direito interno, onde se encontra lugar fácil para a objetividade e para os valores absolutos. No plano interno, a autoridade superior e o braço forte do Estado garantem a vigência da ordem jurídica, subordinando compulsoriamente as proposições minoritárias à vontade da maioria, e fazendo valer, para todos, tanto o acervo legislativo quanto as situações e atos jurídicos que, mesmo no âmbito privado, se produzem na sua conformidade. No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, e dispõem-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento. A criação das normas é, assim, obra direta de seus destinatários. Não há representação, como no caso dos parlamentos nacionais que se propõem exprimir a voz dos povos, nem prevalece o princípio majoritário. A vontade singular de um Estado soberano somente sucumbe para dar lugar ao primado de outras vontades reunidas quando aquele mesmo Estado tenha, antes, abonado a adoção de semelhante regra, qual sucede no quadro das organizações internacionais, a propósito de questões de importância secundária.

Em direito interno as normas são hierarquizadas como se se inscrevessem, graficamente, numa pirâmide encabeçada pela lei fundamental. Não há hierarquia entre as normas de direito internacional público, de sorte que só a análise política — de todo independente da lógica jurídica — faz ver um princípio geral, qual o da *não intervenção* nos assuntos domésticos de certo Estado, como merecedor de maior zelo que um mero dispositivo contábil inscrito em tratado bilateral de comércio ou tarifas. As relações entre o Estado e os indivíduos ou empresas fazem com que toda ordem jurídica interna seja marcada pela ideia da *subordinação*. Esse quadro não encontra paralelo na ordem internacional, onde a *coordenação* é o princípio que preside a convivência organizada de tantas soberanias.

Dentro da ordem jurídica estatal, somos todos *jurisdicionáveis*, dessa contingência não escapando nem mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno. Quando alguém se dirige ao foro para demandar contra nós, em matéria civil ou criminal, não se nos pergunta vestibularmente se aceitamos ou recusamos a jurisdição local: é imperioso aceitá-la, e a opção pelo silêncio só nos poderá trazer maior transtorno. Já o Estado, no plano internacional, não é originalmente jurisdicionável perante corte alguma. Sua aquiescência, e só ela, convalida a autoridade de um foro judiciário ou arbitral, de modo que a sentença resulte obrigatória e que seu eventual descumprimento configure um ato ilícito.

Frente aos atos ilícitos em que o Estado acaso incorra, não é exato supor que inexista no direito internacional um sistema de sanções, em razão da falta de autoridade central provida de força física. Tudo quanto é certo é que, neste domínio, o sistema de sanções é ainda mais precário e deficiente que no interior da maioria dos países. A *igualdade soberana* entre todos os Estados é um postulado jurídico que concorre, segundo notória reflexão de Paul Reuter, com sua *desigualdade de fato*: dificilmente se poderiam aplicar, hoje, sanções a qualquer daqueles

cinco Estados que detêm o poder de veto no Conselho de Segurança da ONU.

**2. Fundamento do direito internacional público.** Sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos, o direito internacional público — ou *direito das gentes*, no sentido de direito das nações ou dos povos — repousa sobre o consentimento. As comunidades nacionais e, acaso, ao sabor da história, conjuntos ou frações de tais comunidades propendem, naturalmente, à autodeterminação, à regência de seu próprio destino. Organizam-se, tão cedo quanto podem, sob a forma de Estados independentes, e ingressam numa comunidade internacional carente de estrutura centralizada. Tais as circunstâncias, é compreensível que os Estados não se subordinem senão ao direito que livremente *reconheceram* ou *construíram.* O consentimento, com efeito, não é necessariamente *criativo* (como quando se trata de estabelecer uma norma sobre a exata extensão do mar territorial, ou de especificar o aspecto fiscal dos privilégios diplomáticos). Ele pode ser apenas *perceptivo*, qual se dá quando os Estados consentem em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apoiam, em maior ou menor medida, num imperativo ético, parecendo imunes à prerrogativa estatal de manipulação.

*Pacta sunt servanda* — o princípio segundo o qual o que foi pactuado deve ser cumprido — é um modelo de norma fundada no consentimento perceptivo. Regras resultantes do consentimento criativo são aquelas das quais a comunidade internacional poderia *prescindir.* São aquelas que evoluíram em determinado sentido, quando perfeitamente poderiam ter assumido sentido diverso, ou mesmo contrário. E é impossível, em definitivo, conceber que a mais rudimentar das comunidades sobreviva sem que seus integrantes reconheçam, quando menos, o dever de honrar as obrigações livremente assumidas.

Modelo de construção costumeira original e discricionária foi aquele pertinente ao objeto da extradição. Esta, com efeito, era compreendida, ao tempo das cidades soberanas da antiguidade grega, como o mecanismo próprio para a recuperação do

dissidente político exilado, garantindo-se, desse modo, a tranquilidade do sono do príncipe. Com o tempo, o costume sofre modificação ampliativa: ao Estado se torna lícito querer, *também*, a rendição do criminoso comum refugiado no estrangeiro. Consuma-se, enfim, a total reviravolta em relação ao objeto primitivo: a extradição serve tão só ao regresso forçado, e à submissão à justiça ordinária, dos autores de crimes de direito comum, excluída toda perspectiva de turbação do asilo político.

Caso digno de destaque é o de certas regras consolidadas com vigor no século XX, tais a proscrição do uso da força e os princípios da não intervenção e da autodeterminação, ou ainda um pouco antes, qual a condenação da escravatura. Nenhuma dessas normas aparece vestida daquela imperatividade, congênita até mesmo nas sociedades primitivas, do *pacta sunt servanda*, e melhor prova disso não há que seu advento tardio à consagração geral. Porém, no âmbito desses temas, a mobilidade do direito não é sinuosa: tem ela um sentido tão certo e irreversível quanto o da evolução da sociedade internacional. Assim, o tráfico de escravos e a guerra de conquista, lícitos outrora, estão hoje condenados, sendo seguro que não voltarão, amanhã, à condição de licitude. Sem dúvida nos encontramos, aqui, em presença de normas internacionais não gravadas, desde o princípio, na consciência dos povos, mas tampouco mutáveis de modo pendular — como as que se referem à imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro ou à extensão do mar territorial.

**3. Direito internacional e direito interno: teorias em confronto.** Para os autores dualistas — dentre os quais se destacaram no século passado Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália —, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional. Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional aparece como uma faculdade discricionária. O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos.

Nenhuma dessas três linhas de pensamento é invulnerável à crítica, e muito já escreveram os partidários de cada uma delas no sentido de desautorizar as demais. Perceberíamos, contudo, que cada uma das três proposições pode ser valorizada em seu mérito, se admitíssemos que procuram descrever o mesmo fenômeno visto de diferentes ângulos. Os dualistas, com efeito, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo direito nacional, e observando que a norma do direito das gentes não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, por tê-la aceito, promove sua introdução no plano doméstico. Os monistas kelsenianos voltam-se para a perspectiva ideal de que se instaure um dia a ordem única, e denunciam, desde logo, à luz da realidade, o erro da ideia de que o Estado tenha podido outrora, ou possa hoje, sobreviver numa situação de hostilidade ou indiferença frente ao conjunto de princípios e normas que compõem a generalidade do direito das gentes. Os monistas da linha nacionalista dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, desse modo, ao culto da *constituição*, afirmando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras. Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa ideia norteia as convicções judiciárias em inúmeros países do ocidente — incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América —, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno.

**4. Roteiro do curso.** Em quatro partes distintas este curso propõe o estudo das *normas* que regem a sociedade internacional, da *personalidade* dos Estados e outros componentes desse qua-

dro de atores, dos espaços que integram o *domínio público internacional*, e finalmente dos *conflitos internacionais* e de seus meios alternativos de solução.

# Parte I

# NORMAS INTERNACIONAIS

**5. O rol das fontes no Estatuto da Corte da Haia.** Redigia-se em 1920 o estatuto do primeiro tribunal vocacionado para resolver litígios entre Estados sem qualquer limitação de ordem geográfica ou temática. A certa altura do texto surgia a necessidade de que se dissesse *qual o direito* aplicável no âmbito da jurisdição nascente, tanto significando a necessidade de fazer um rol das formas de expressão do direito internacional público, um roteiro das fontes onde se poderiam buscar, idoneamente, *normas internacionais.* O estatuto relacionou então os *tratados*, os *costumes* e os *princípios gerais do direito.* Fez referência à *jurisprudência* e à *doutrina* como meios auxiliares na determinação das regras jurídicas, e facultou, sob certas condições, o emprego da *equidade.*

A primeira parte deste curso versa as fontes e meios auxiliares referidos no art. 38 do Estatuto da Corte da Haia, cuidando também de duas outras categorias que, por razões diversas, ali não mereceram referência: os atos unilaterais e as decisões tomadas no âmbito das organizações internacionais.

# Capítulo I

# O TRATADO INTERNACIONAL

**6. Perspectiva histórica.** Parte fundamental do direito das gentes, o direito dos tratados apresentava até o romper do século XX uma consistência costumeira, assentada, entretanto, sobre certos princípios gerais, notadamente o *pacta sunt servanda* e o da boa-fé. Como negociam as partes, e através de que órgãos; que gênero de texto produzem, e como o asseguram autêntico; como manifestam, desde logo ou mais tarde, seu consentimento definitivo, e põem o compromisso em vigor; que efeitos produz, então, o tratado, sobre as partes pactuantes, e acaso sobre terceiros; que formas, enfim, de alteração, desgaste ou extinção, se podem abater sobre o vínculo convencional: isso tudo constitui, em linhas muito rudes e incompletas, o direito dos tratados, cuja construção consuetudinária teve início nalgum ponto extremamente remoto da história das civilizações.

O primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIXª dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Releva observar o bom augúrio que esse antiquíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egipto-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIXª dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de uma quebra perceptível do compromisso.

O que sucede ao cabo de três milênios de prática convencional, no século XIX, não é uma alteração na contextura do direito dos tratados — sempre costumeira —, mas uma sensível ampliação no seu acervo normativo, por força de quanto o tratado *multilateral* desafiava — desde a conferência preparatória até o mecanismo de extinção — aquelas regras concebidas para reger acordos meramente bilaterais. Outro fato digno de nota, na mesma época, foi a erosão do protagonismo concentrado na pessoa do chefe de Estado. A multiplicação dos regimes republicanos, a progressiva constitucionalização das monarquias trouxeram ao direito dos tratados esse novo fator de complexidade: o envolvimento, no processo, de órgãos estatais de representação popular, sem comunicação direta com o exterior. Resultou induvidoso que essa *fase interna*, a da consulta ao parlamento como preliminar de ratificação, impôs ao direito das gentes uma importante remissão ao direito doméstico dos Estados. As comunidades jurídicas nacionais deram-se conta da distinção entre esses *dois* objetos de análise, nenhum deles exíguo: o direito dos tratados *no quadro do direito internacional público*, e o — às vezes mais controvertido — direito dos tratados *no contexto do direito constitucional*.

O século XX abriria espaço a dois fatos novos: a entrada em cena das organizações internacionais, no primeiro após-guerra — fazendo com que o rol das pessoas jurídicas de direito das gentes, habilitadas a pactuar no plano exterior, já não se exaurisse nos Estados soberanos; e a codificação do direito dos tratados, tanto significando a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas, expressas, elas mesmas, no texto de tratados.

Na Havana, em 1928, celebrou-se entre outros compromissos uma *Convenção sobre tratados*, até hoje vigente entre oito países[1], embora superada, em sua noto-

1. *Col. MRE*, n. 21, II. São partes o Brasil, o Equador, o Haiti, Honduras, a Nicarágua, o Panamá, o Peru e a República Dominicana.

riedade, pelo curso dos acontecimentos. Cuida-se de um texto sumário, objetivo, um tanto menos austero e idealista que o projeto de Epitácio Pessoa que lhe serviu de inspiração. A partir de 1949, no âmbito das Nações Unidas, a Comissão do Direito Internacional trabalhou sobre o tema[2], até que se reunisse em Viena, nos anos de 1968 e 1969, a conferência diplomática programada para negociar uma convenção de alcance universal sobre o direito dos tratados.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados teve seu texto ultimado em 23 de maio de 1969. Sua negociação envolvera cento e dez Estados, dos quais apenas trinta e dois firmaram, naquela data, o documento. Mais de dez anos se passaram até que a Convenção de Viena, o grande tratado que se preparou com paciência, trabalho tenaz e conjugação de talentos incomuns para reger o destino de todos os demais tratados, entrasse em vigor, para Estados em número equivalente, de início, à quarta parte da comunidade internacional[3].

---

2. A Comissão do Direito Internacional, entidade doutrinária e de apoio legislativo no quadro das Nações Unidas, fez figurar o direito dos tratados no seu plano de progressiva codificação da matéria, por temas avulsos, traçado na etapa inicial de seus trabalhos, em 1949. James Leslie Brierly, jurista britânico, integrante da Comissão, foi por ela designado relator especial para o tema, função em que lhe sucederam, com o passar do tempo, três compatriotas: Hersch Lauterpacht em 1952, Gerald Gray Fitzmaurice em 1954, e Humphrey Waldock em 1961. Não era despropositado desejar que, dentro da Comissão, o projeto em preparo para a conferência de Viena tivesse contrabalançadas, de certo modo, as consequências naturais da formação anglo-saxônia dos relatores. Nessa tarefa, propícia à maior aceitabilidade do projeto, destacou-se o internacionalista italiano Roberto Ago, afinal eleito para presidir a conferência instalada em Viena, nas sessões de 1968 e 1969.

3. A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados somente entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, quando, nos termos de seu art. 84, chegou-se ao *quorum* mínimo de trinta e cinco Estados-partes. No meado de 2010 eram partes na Convenção, por haverem-na ratificado ou a ela aderido, ou ainda por sucessão, cento e onze países — não incluídos, entre outros, os Estados Unidos da América e a França. O Brasil ratificou a Convenção em 25 de outubro de 2009, mais de quarenta anos depois de havê-la assinado. Durante esse tempo nenhum preceito da Convenção deixou de ser aplicado no Brasil sob o pretexto de não sermos ainda comprometidos, visto que tanto no terreno da administração quanto no da Justiça havia perfeita consciência do preexistente caráter costumeiro dessas normas.

Na última assertiva do preâmbulo, a Convenção de Viena declara, implicitamente, sua insuficiência para a cobertura de todos os aspectos do direito dos tratados, ao lembrar que o direito internacional costumeiro prosseguirá regendo as questões não versadas no texto. A Convenção de 1969 diz respeito apenas ao vínculo convencional entre Estados. Outra Convenção de igual substância celebrou-se, também em Viena, em 1986, sobre tratados entre Estados e organizações internacionais, ou somente entre estas últimas. No início de 2010 essa convenção, ratificada por menos que trinta países, ainda não havia entrado em vigor.

## Seção I — ENTENDIMENTO DO FENÔMENO CONVENCIONAL

**7. Conceito.** Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos. Na afirmação clássica de Georges Scelle, o tratado internacional é em si mesmo um simples *instrumento*; identificamo-lo por seu processo de produção e pela *forma* final, não pelo conteúdo. Este — como o da lei ordinária numa ordem jurídica interna — é variável ao extremo. Pelo efeito compromissivo e cogente que visa a produzir, o tratado dá cobertura legal à sua própria substância. Mas essa substância tanto pode dizer respeito à ciência jurídica quanto à produção de cereais ou à pesquisa mineral. Desse modo, a matéria versada num tratado pode ela própria interessar de modo mais ou menos extenso ao direito das gentes: em razão da matéria, pontificam em importância os tratados constitutivos de organizações internacionais, os que dispõem sobre o serviço diplomático, sobre o mar, sobre a solução pacífica de litígios entre Estados. É certo, contudo, que todos os tratados — mesmo quando disponham sobre um tema prosaico como a classificação de marcas de origem de vinhos ou queijos — interessam igualmente, em razão da forma, a esta parte do direito das gentes que ora nos ocupa, o direito dos tratados.

**8. Terminologia.** O uso constante a que se entregou o legislador brasileiro — a começar pelo constituinte — da fórmula *tratados*

*e convenções*, induz o leitor à ideia de que os dois termos se prestem a designar coisas diversas. Muitas são as dúvidas que surgem, a todo momento, na trilha da pesquisa terminológica. Há razão científica por que o tratado constitutivo da OIT se chame *constituição*, enquanto à fundação de tantas outras organizações internacionais se deu preferência ao vocábulo *carta*? Termos como *acordo*, *ajuste* ou *convênio* designam sempre um tratado de importância medíocre? O *protocolo* é necessariamente um tratado acessório? A realidade do direito convencional contemporâneo rende algum tributo às velhas tentativas doutrinárias de vincular, a cada termo variante de tratado, certa modalidade bem caracterizada de compromisso internacional? A esta última questão a resposta é firmemente negativa. O que a realidade mostra é o uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico, dos termos variantes daquele que a comunidade universitária, em toda parte — não houvesse boas razões históricas para isso —, vem utilizando como termo-padrão. Quantos são esses nomes alternativos? Há referência, na França, a contagens que terão detectado nada menos que trinta e oito... Em língua portuguesa, chegamos seguramente a duas dezenas. Essa estimativa não inclui os nomes *compostos*, seja porque, admitida a composição, alarga-se demais o limite do quadro terminológico, seja porque a adjetivação serve justamente para especificar a natureza do texto convencional, quebrando a neutralidade do substantivo-base. Assim, as expressões *acordo* e *compromisso* são alternativas — ou juridicamente sinônimas — da expressão *tratado*, e se prestam, como esta última, à livre designação de qualquer avença formal, concluída entre personalidades de direito das gentes e destinada a produzir efeitos jurídicos. Se nos referimos, porém, a um *acordo de sede*[4] ou a um

---

4. Isolado, o termo *acordo* quase nada informa. Já a expressão *acordo de sede*, nas condições presentes, e sem qualquer outro dado, permite saber: (a) que se cuida de um tratado bilateral; (b) que uma das partes é uma organização internacional, e a outra um Estado, provavelmente — mas não seguramente — membro da primeira; e (c) que o tema

*compromisso arbitral*[5], o nome composto estará carregando consigo informações ainda maiores que aquelas implícitas em *tratado de comércio e navegação*, ou em *tratado de paz*.

A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase que à exaustão, as variantes terminológicas de *tratado* concebíveis em português: *acordo*, *ajuste*, *arranjo*, *ata*, *ato*, *carta*, *código*, *compromisso*, *constituição*, *contrato*, *convenção*, *convênio*, *declaração*, *estatuto*, *memorando*, *pacto*, *protocolo* e *regulamento*. Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística: as mais das vezes, por exemplo, *carta* e *constituição* vêm a ser os nomes preferidos para tratados constitutivos de organizações internacionais, enquanto *ajuste*, *arranjo* e *memorando* têm largo trânsito na denominação de tratados bilaterais de importância reduzida. Apenas o termo *concordata* possui, em direito das gentes, significação singular: esse nome é estritamente reservado ao tratado bilateral em que uma das partes é a Santa Sé, e que tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, missões apostólicas, relações entre a Igreja católica local e o Estado copactuante.

**9. Formalidade.** O tratado é um acordo *formal*: ele se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos. Aí repousa, por certo, o principal

---

precípuo desse tratado é o regime jurídico da instalação física da organização no território do Estado.

5. *Compromisso arbitral* é o tratado pelo qual dois Estados submetem à arbitragem certo litígio que os antagoniza. Esse nome é indistintamente usado quando, diante da preexistência de um tratado geral de arbitragem entre as partes, ou de uma cláusula arbitral em tratado sobre tema vário, o compromisso cuida de pouco mais que a designação do árbitro; e quando, nada preexistindo, o compromisso externa desde a opção das partes pela via arbitral até os derradeiros detalhes pertinentes à tarefa confiada ao árbitro. Em qualquer dessas hipóteses, o compromisso arbitral costuma ser *bilateral.* Uma exceção foi aquela relativa ao caso do Canal de Beagle, firmado não só pelas partes litigantes — Argentina e Chile — mas também pelo árbitro, no caso, o governo do Reino Unido, e datado de 22 de julho de 1971.

elemento distintivo entre o tratado e o costume, este último também resultante do acordo entre pessoas de direito das gentes, e não menos propenso a produzir efeitos jurídicos, porém forjado por meios bem diversos daqueles que caracterizam a celebração convencional. Essa formalidade implica, por outro lado, a escritura. O tratado internacional não prescinde da *forma escrita*, do feitio documental. A *oralidade* não é apenas destoante do modelo fixado em 1928 pela Convenção da Havana, e retomado em 1969 pela de Viena[6]; ou desajustada ao sistema de registro e publicidade inaugurado pela Sociedade das Nações, herdado pelas Nações Unidas, e assimilado, ainda, por organizações regionais[7]. A oralidade briga com a própria noção histórica de *tratado*, isso não importando, em absoluto, a negação de sua serventia para exprimir outros atos jurídicos, porventura também capazes de criar obrigações.

O conceito proposto se refere a um acordo *concluído*. Este último termo, quando empregado na definição do tratado internacional, tem muito mais do seu significado comum — o de coisa efetivamente acabada — que daquele sentido técnico, preservado por alguns internacionalistas, à luz do qual a conclusão consiste no término das negociações, ou em algo mais que isso, não compreendendo, porém, a confirmação do compromisso e sua entrada em vigor. A verdade é que, antes deste último evento, não existe um tratado internacional, senão um *projeto* concluído, e sujeito a uma variedade de incidentes que o poderão lançar, dentro do arquivo histórico das relações internacionais, na vasta galeria dos projetos que não vingaram.

---

6. Convenção da Havana sobre tratados, art. 2º: "É condição essencial nos tratados a forma escrita. A confirmação, prorrogação, renovação ou recondução serão igualmente feitas por escrito, salvo estipulação em contrário". Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, art. 2º, I, *a*: "tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito..." etc.

7. Pacto da Sociedade das Nações, art. 18; Carta das Nações Unidas, art. 102; Pacto da Liga dos Estados Árabes, art. 17.

**10. Atores.** As partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público: tanto significa dizer os *Estados soberanos* — aos quais se equipara, como será visto mais tarde, a Santa Sé — e as *organizações internacionais*. Não têm personalidade jurídica de direito das gentes, e carecem, assim, por inteiro, de capacidade para celebrar tratados, as empresas privadas, pouco importando sua dimensão econômica e sua eventual multinacionalidade.

**11. Efeitos jurídicos.** Reconhecendo que o *acordo*, à luz do léxico, pode significar mera sintonia entre pontos de vista, perceberemos que acordos existem, e se renovam, e se perfazem às centenas, a cada dia, entre os membros da comunidade internacional. Não convém negligenciar a possibilidade de se exprimirem formalmente acordos dessa natureza. Aí não haveria tratados, em razão da falta do *animus contrahendi*, ou seja, da vontade de criar autênticos vínculos obrigacionais entre as partes concordantes. A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de *ato jurídico* e de *norma*. O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional.

É conhecida em direito das gentes a figura do *gentlemen's agreement*, que a doutrina uniformemente distingue do tratado, sob o argumento de não haver ali um compromisso entre Estados, à base do direito, mas um pacto pessoal *entre estadistas*, fundado sobre a honra, e condicionado, no tempo, à permanência de seus atores no poder.

O exemplo mais vulgarizado tem sido a *Carta do Atlântico*, declaração firmada pelo presidente americano Franklin Roosevelt e pelo primeiro-ministro bri-

tânico Winston Churchill, a bordo do navio Augusta, em 14 de agosto de 1941. Mencionam-se também com frequência dois compromissos do início do século XX, ambos referentes à imigração japonesa nos Estados Unidos: o acordo *Root-Takahira* de 1907 e o acordo *Lansing-Ishii* de 1917. O célebre *acordo de Yalta*, de fevereiro de 1945, e a *proclamação de Potsdam*, de agosto do mesmo ano, peças integrantes do contexto político do desfecho da segunda grande guerra, têm sua qualidade de *gentlemen's agreements* assentada em documentos oficiais. O'Connell lembra uma nota do Departamento de Estado americano ao governo japonês, de 7 de setembro de 1956, em que se aponta "... o chamado acordo de Yalta como uma simples declaração de propósitos comuns" por parte dos governantes das potências envolvidas, sem "qualquer efeito legal" a respeito de transferência de territórios[8].

A distinção entre tratado internacional e *gentlemen's agreement* — sugerida pelo próprio nome deste último — tem sido feita à consideração inicial não do teor do compromisso, mas da qualidade dos atores. Quase tudo quanto se tem escrito a respeito induz ao abandono da pesquisa dos efeitos jurídicos, em favor da apuração, pretensamente mais simples, de quais sejam as partes pactuantes. Assim, afirma-se que o *gentlemen's agreement* não é um tratado pela razão elementar de que os contratantes não são pessoas jurídicas de direito internacional. Não são Estados. São pessoas humanas, investidas em cargos de mando, e hábeis para assumir externamente — sobretudo em matéria política prospectiva — compromissos de pura índole moral, cuja vitalidade não ultrapassará aquele momento em que uma dessas pessoas deixe a função governativa. As bases dessa tradicional análise são inconsistentes. Não se conhece um único exemplo de *gentlemen's agreement* em cujo cabeçalho os cavalheiros pactuantes tenham declarado agir a título pessoal. E como presumi-lo? Cuida-se de chefes de Estado, de chefes de governo, de ministros de relações exteriores, de estadistas, enfim, plenamente capazes, segundo o direito internacional, para falar pelos respectivos Estados. A realidade é que nenhum analista pôde

8. *O'Connell*, p. 200. *V*. também *McNair*, p. 6.

jamais classificar certo acordo como um *gentlemen's agreement* senão depois de haver examinado o *teor do compromisso*, para, ali, detectar a falta de uma tendência à produção de efeitos jurídicos. E para, consequentemente, evocando a noção do comprometimento honorífico, concluir que não os Estados e sim as pessoas haviam chegado àquele acordo.

Bem o ilustra a Carta do Atlântico. As palavras iniciais são as de um tratado internacional típico, na descrição das partes:

"O Presidente dos Estados Unidos e o Primeiro-Ministro Sr. Churchill, representando o Governo de Sua Majestade do Reino Unido, havendo-se reunido, no mar, ...".

De modo que a qualificação da carta como um *gentlemen's agreement*, e, pois, como um não tratado, só é possível depois da leitura integral do texto, ante a percepção de que aquele acordo formal, lavrado por pessoas indiscutivelmente representativas de duas personalidades de direito internacional público, não se destinou a produzir efeitos jurídicos, a estabelecer normas concretas e cogentes para as partes, mas apenas a "... dar a conhecer alguns dos princípios comuns às políticas nacionais de seus países, nos quais baseiam as suas esperanças de um futuro melhor para o mundo"[9].

Tornou-se usual, quase que inevitável em nosso tempo, a expedição de *declarações* ou *comunicados comuns* sempre que se encontram, ao ensejo de visita oficial ou de outro evento, dois ou mais chefes de Estado ou de governo. Papéis dessa natureza vêm a público, às vezes, por ocasião de um simples encontro de trabalho entre ministros de relações exteriores. Aí estamos em presença de uma variante do *gentlemen's agreement*. Frequentemente, contudo, as declarações ou comunicados comuns não mais contêm que um arranjo tedioso de frases feitas, onde a ausência do que dizer de consistente mal se vê compensada por

---

9. *V*. a íntegra da Carta do Atlântico em *Textos de direito internacional e de história diplomática*, de Rubens F. de Mello (Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho Editor, 1950, p. 592-593).

algum esforço diplomático de imaginação. Está claro, porém, que nem sempre esse produto documental do encontro entre estadistas carece de substância. Se o comunicado comum exprime uma opção política, uma forma de alinhamento, uma exata postura diante de certa questão tópica, há que ver nele a boa essência do *gentlemen's agreement*: nenhum vínculo jurídico para os Estados em causa, mas um bem definido compromisso moral, a operar enquanto esses Estados se encontrem sob o governo dos dignitários responsáveis pela manifestação conjunta.

A declaração Quadros-Frondizi, de 21 de abril de 1961, foi uma resposta positiva dos presidentes do Brasil e da Argentina às proposições norte-americanas no quadro da *Aliança para o progresso*. Em 20 de setembro de 1967, reunidos na fronteira colombiano-venezuelana, os presidentes Carlos Lleras Restrepo e Raúl de Leoni externavam, numa declaração, o propósito de *defender suas instituições contra a sedição castrista*. Em 19 de junho de 1979, os presidentes do Iraque, Hassan al-Bakr, e da Síria, Hafez Assad, publicamente declaravam seu "acordo de princípio" sobre a *conveniência da unificação dos dois países* (o presidente Bakr deixaria o poder em 16 de julho seguinte, sendo substituído por Sadam Hussein).

Por vezes a declaração comum é de tal maneira substanciosa que parece necessário enfatizar mais tarde, para prevenir equívocos, sua natureza não convencional. A *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, e a *Ata final de Helsinque*, de 1º de agosto de 1975, são documentos que exemplificam esse gênero de ambiguidade — além de trazer a oportuna lembrança de que as declarações comuns, como de resto os *gentlemen's agreements*, não são necessariamente bilaterais. A provável força cogente da Declaração de 1948 não deve ser buscada no direito dos tratados, mas naquele setor mais recente do direito internacional público, que se ocupa das decisões das organizações internacionais. Quanto à Ata de Helsinque, em outubro de 1977 o ministro francês dos negócios estrangeiros esclarecia, na resposta a uma consulta parlamentar, seu ponto de vista a respeito da natureza do compromisso:

"A Ata final de Helsinque não é um acordo dotado de valor jurídico, mas uma declaração de intenções, solenemente expressa. Assinando-a, a exemplo de trinta e quatro outros Estados europeus, a União Soviética se comprometeu moralmente a respeitar-lhe os diversos dispositivos, aí compreendidos aqueles que visam ao respeito e à promoção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais"[10].

---

10. Notas sobre a prática francesa do direito internacional, *AFDI* (1978), v. 24, p. 1164-1165.

**12. Regência do direito internacional.** Para os redatores da Convenção de Viena, o tratado é um compromisso "... celebrado por escrito entre Estados e *regido pelo direito internacional...*"[11]. Essa linguagem sugere que um compromisso entre duas soberanias pode, porventura, *não ser* regido pelo direito das gentes, caso em que lhe faltaria a qualidade de tratado. Na realidade, embora certos autores pareçam admitir algo diverso[12], nenhum acordo entre Estados pode escapar à regência do direito internacional, ainda que, no uso do poder soberano que essa ordem jurídica lhes reconhece, os Estados pactuantes entendam de fazer remissão a um sistema de direito interno. É absurda, por outro lado, a ideia de que um compromisso entre Estados — como, de resto, qualquer espécie de contrato, quaisquer que sejam as partes — possa reger-se *por seus próprios termos*, flutuando no espaço à margem de toda ordem jurídica.

A mais notória crítica à admissão da possibilidade de produzir um acordo interestatal sob a regência de uma ordem jurídica interna proveio da pena de Hersch Lauterpacht. Formulou-a o notável jurista em relatório à Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, na fase inicial dos estudos pertinentes à codificação do direito dos tratados. Referindo-se àqueles casos em que a remissão a certa ordem jurídica interna aparece no acordo entre sujeitos de direito das gentes, Lauterpacht pondera que a escolha de um direito determinado é sempre imputável à *vontade das partes*. E esclarece que, por força de uma disposição desse tipo, o direito em questão é *transformado em direito internacional convencional*: exatamente aquilo a que se refere o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça quando fala em "... regras expressamente reconhecidas pelos Estados em litígio"[13].

---

11. Art. 2º, I, *a*.

12. Arnold McNair, D. P. O'Connell, e mesmo autores da escola francesa, como Paul Reuter, Nguyen Quoc Dinh e Serge Sur, todos em oposição, neste particular, ao ensinamento preciso e incontornável de Charles Rousseau (cf. J. F. Rezek, *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 79-80).

13. Hersch Lauterpacht, *Relatórios sobre o direito dos tratados*; Documentos da Comissão do Direito Internacional, A/CN 4/63, p. 39.

**13. Base instrumental.** O tratado internacional pode materializar-se em duas ou mais peças documentais distintas. Isto sempre pareceu óbvio no caso de documentos diversos, porém produzidos a um só tempo, e por todas as partes contratantes, tal como sucede sempre que o tratado se faz acompanhar de *anexos*. Quando os negociadores da Convenção de Viena quiseram deixar claro que um tratado pode tomar corpo "... num instrumento único ou em dois ou mais instrumentos conexos"[14], não cogitavam dessa hipótese, mas daquela outra em que o acordo internacional se desdobra em textos — via de regra, *dois textos* — produzidos em momentos diversos, cada um deles firmado em nome de *uma das partes* apenas.

A *troca de notas* — visada por aquele dispositivo da Convenção de Viena — é, portanto, um mecanismo convencional idôneo. Não há aí novidade alguma: do uso dessa técnica se colhem exemplos no fundo dos arquivos diplomáticos. A real utilidade dessa abordagem do código de Viena terá consistido em sepultar, de uma vez por todas, a mistificação — ora alimentada pela prática de certas chancelarias, ora insinuada em peças doutrinárias obscuras — tendente a fazer ver a troca de notas como algo situável à margem do direito dos tratados. Este parágrafo comporta uma análise sumária da troca de notas, em que primeiro se depura o conceito, reduzindo-o ao domínio do direito convencional, para chegar-se depois ao que, nesse âmbito, a figura representa — ou seja, um processo alternativo de negociação e conclusão de tratados.

*a) Troca de notas: um meio de comunicação.* De início, cumpre limitar o alcance da expressão em exame. A conversação diplomática, quando não oral, faz-se rotineiramente pela via do intercâmbio de notas escritas — ora assinadas, ora providas apenas do selo ou carimbo próprio —, sem que essa constante movimentação, em duplo sentido, caracterize a *troca de notas* do direito convencional. Esta última se dá apenas quando é pos-

---

14. Art. 2º, I, *a*.

sível determinar a presença do *animus contrahendi*; quando é válido dizer que as partes, por esse processo formal — embora não solene —, entraram efetivamente num acordo destinado a produzir efeitos jurídicos, criando, entre ambas, o *vínculo convencional*. Inúmeras são, no dia a dia da vida diplomática, as notas que se trocam entre chancelarias e legações, sem dar origem a um verdadeiro acordo internacional por troca de notas. E, dentre estas tantas, é interessante notar que algumas têm fundamental presença no direito dos tratados, visto que exprimem, por exemplo, a vontade das partes, ou de uma delas, no sentido de ver extinto certo compromisso em vigor.

A esse gênero pertencem as notas com que dois governos se entendem para o efeito de *ab-rogar* um tratado bilateral vigente; bem assim aquelas que exprimem a *denúncia* do tratado, por uma das partes, e a notícia de recebimento, pela outra. Diverso, porém, é o caso da troca de notas com que as partes visam a modificar o teor, ou mesmo a prorrogar a vigência, de um acordo preexistente. Nestas hipóteses, defrontamo-nos com *novo acordo* — no estilo dos protocolos adicionais, bem caracterizado na sua vocação para instituir obrigações mútuas entre as partes.

*b) Troca de notas: um método negocial.* Interessa-nos, pois, tão só aquela troca de notas em que presente o ânimo convencional, em que apurável a intenção de celebrar um acordo autêntico, bem que privado de unidade de instrumento. Agora, num segundo passo, observamos que a troca de notas não é uma *variante terminológica* para o tratado internacional. É, antes, um método negocial, um *processo de conclusão* de tratados bilaterais. A opção das partes por esse método — que se contrapõe à negociação com vistas ao preparo de um texto único, a ser firmado por ambas — nada tem a ver com a opção terminológica que, em todo caso, se lhes concede. A troca de notas pode, pois, ser o meio escolhido pelas partes para a conclusão de um compromisso internacional que resolvam denominar *acordo, convenção, ajuste, declaração*, ou o que melhor lhes pareça.

## Seção II — CLASSIFICAÇÃO DOS TRATADOS

**14. Proposição da matéria.** Aqui se estudam tão só aqueles esquemas classificatórios que, em certa medida, irão contribuir para o melhor e mais rápido entendimento de aspectos da gênese, da vigência ou da extinção dos tratados internacionais. Cuidaremos de classificar os tratados à luz de dois critérios de índole *formal* — tendo a ver com o número de partes e a extensão do procedimento adotado —, e três outros de índole *material* — dizendo respeito à natureza das normas expressas no tratado, à sua execução no tempo e à sua execução no espaço.

**15. Número de partes.** A simplicidade desta primeira chave classificatória contrasta com a dimensão de sua importância, ao longo de todo o estudo do direito dos tratados. Aqui nada mais se leva em conta que o número de partes, o número de pessoas jurídicas de direito das gentes envolvidas pelo processo convencional. Diz-se *bilateral* o tratado se somente duas as partes, e *multilateral* ou coletivo em todos os outros casos, ou seja, se igual ou superior a três o número de pactuantes.

É evidente a bilateralidade de todo tratado entre Estado e organização internacional, ou entre duas organizações, qualquer que seja o número de seus membros. A organização, nessas hipóteses, ostenta sua personalidade singular, distinta daquela dos Estados componentes.

**16. Procedimento.** Aqui distinguiremos os tratados segundo o procedimento adotado para sua conclusão. Mais que a medida cronológica desse processo — um dado falacioso —, interessa-nos a questão de saber se, dentro dele, é possível detectar *duas fases* de expressão do consentimento das partes, este entendido como prenunciativo na primeira, a da *assinatura*, e como definitivo na segunda, a da *ratificação*, ou se, num quadro unifásico,

o consentimento definitivo se exprime na assinatura, desde logo criadas as condições para a vigência do tratado.

Esta é, pois, aquela mesma chave classificatória que os publicistas franceses adotam para distinguir os *tratados em sentido estrito* dos *acordos em forma simplificada*[15]. E nada mais razoável, quanto aos primeiros, que a referência ao sentido estrito. A história do direito das gentes demonstra — e o veremos na hora oportuna — que o processo solene ou formal, com duplo momento de expressão do ânimo das partes, é aquele que se encontra na origem da experiência convencional entre as nações, sendo o outro o resultado de uma prática bem mais recente.

O mais importante tópico a ser aclarado, neste passo, diz respeito à pretensa identidade entre os acordos de procedimento breve — hábeis, pois, para viger desde a assinatura, sem necessidade de ratificação — e os *acordos executivos*, assim chamados sob a inspiração da prática convencional norte-americana.

*Acordo executivo* é expressão criada nos Estados Unidos para designar aquele tratado que se conclui sob a autoridade do chefe do poder Executivo, independentemente do *parecer e consentimento* do Senado. Ora, o critério que nos orienta neste tópico de classificação tem a ver com a natureza, mais ou menos complexa, do procedimento convencional — ou, caso se prefira, com a necessidade ou desnecessidade de ratificação. Não se volta este critério, absolutamente, para o problema de saber quais os poderes internos envolvidos na formação da vontade dos Estados pactuantes — a melhor dizer, de cada um dos Estados pactuantes. Um tratado em forma simples, concluído e posto em imediato vigor pela assinatura das partes no instrumento único, ou por troca de notas, não se confundirá com um acordo executivo se os governos pactuantes estiverem agindo com apoio em aprovação parlamentar tópica, expressa pelo Legislativo ao tempo mesmo da negociação ou antes. Ao reverso, é desengana-

15. Cf. *Rousseau*, p. 21-24.

damente executivo o tratado solene, de procedimento longo, em que o intervalo entre a assinatura e a ratificação de cada parte se vê preencher não com a consulta ao respectivo parlamento — acaso desnecessária, segundo seu sistema constitucional —, mas com estudos e reflexões confinados no puro âmbito governamental.

Percebe-se, além disso, que a extensão do procedimento é fator objetivo: cabe aí considerar *o tratado* em si mesmo, e apurar as circunstâncias de sua conclusão, as condições de sua entrada em vigor. A seu turno, a distinção entre o tratado executivo e seu natural modelo contrastante — qual seja o tratado abonado pelo parlamento — traz a marca da subjetividade: para bem operá-la, não se levará em conta qualquer característica do próprio tratado, mas a maneira de agir de cada uma das partes pactuantes, em atenção às normas do seu direito interno que distribuem competência para o comprometimento exterior. Consequência dessa subjetividade é que um mesmo tratado pode ter caráter *executivo* para algumas das partes e não para outras, o que se dá com mais assiduidade no plano bilateral. Assim, o Acordo militar Brasil-Estados Unidos, de 15 de março de 1952[16], foi um acordo executivo apenas do ponto de vista norte-americano, havendo motivado no Brasil a necessária consulta ao Congresso, preliminar à ratificação. O art. XII desse tratado dispunha sobre sua entrada em vigor, marcando-a para a data em que *o governo brasileiro* notificasse ao governo dos Estados Unidos sua ratificação.

À luz do critério classificatório de que ora nos ocupamos, essa desigualdade na postura das partes não perturba a noção de que o tratado assim concluído é, objetivamente, um tratado de procedimento longo. A assinatura, no desfecho da negociação, não teve a virtude de fazê-lo firme em definitivo — embora, sob a ótica singular de uma das partes, isso fosse juridicamente possível, e talvez desejável. Só a ratificação, apesar de unilateral, pôde propiciar, nos termos do tratado, sua entrada em vigor.

É fundamental que jamais se identifique a realidade científica com a mera probabilidade estatística. Feita essa advertência, cumpre reconhecer que o procedimento breve tem servido, com frequência infinitamente maior, à conclusão de tratados *bilaterais*, e de *importância limitada*, que à celebração de pactos

16. *Col. MRE*, n. 320.

coletivos sobre os interesses mais eminentes da comunidade das nações. A prática geral e, com particular uniformidade, a prática brasileira põem à mostra duas outras características do procedimento breve. Ele convive melhor com o sistema da troca de notas que com a lavratura do tratado em instrumento único. De outro lado, sua simplicidade não costuma oferecer lugar à participação do chefe de Estado. Pelo poder Executivo, exprimindo o consentimento nacional, fala e assina, via de regra, o ministro das relações exteriores. Em síntese, e desde que evitemos o erro de ver na reunião desses elementos autônomos um dogma de fé, será possível descrever, por oposição ao tratado em sentido estrito, um modelo de tratado em forma simples, da mais alta incidência na prática internacional contemporânea: aquele *acordo bilateral*, sobre matéria de *importância limitada*, que se conclui mediante *procedimento breve*, sob a forma da *troca de notas*, envolvendo apenas o ramo *executivo* do poder público das partes, e sem intervenção formal dos chefes de Estado.

**17. Natureza das normas.** A distinção entre tratados *contratuais* e tratados *normativos* vem padecendo de uma incessante perda de prestígio. Charles Rousseau permaneceu entretanto fiel a essa ideia, desenvolvida em sua obra de 1944 e reafirmada nas seguintes[17]. É nítida, segundo Rousseau, a diferença funcional entre os tratados-contratos, assim chamados porque através deles as partes realizam uma operação jurídica — tais os acordos de comércio, de aliança, de cessão territorial —, e os tratados-leis, por cujo meio as partes editam *uma regra de direito objetivamente válida*.

A esta última classe pertenceriam as grandes convenções coletivas como as da Haia e de Genebra sobre o direito da guerra; e, de resto, todos os tratados em

17. *Rousseau*, p. 24-25.

que se percebesse nas partes — mesmo quando pouco numerosas — o intento de estabelecer certas regras uniformes de conduta. Própria do tratado contratual, por seu turno, seria a diversidade do objeto visado pelas partes, cada uma delas desejando justamente aquilo que a outra lhe pode dar. Exemplos muito claros deste quadro são os tratados relativos às diversas formas da compra ou da troca, entre Estados, de bens de qualquer natureza.

A crítica de Hans Kelsen a essa distinção classificatória é fulminante. Parece-lhe que, tanto no tratado chamado *contratual* quanto naquele dito *normativo*, a vontade convencional das partes tem sempre um mesmíssimo objeto, constituído pela integralidade do teor do tratado[18]. A abordagem kelseniana induz a ver como superficial — ou pelo menos como extrajurídica — a tese de que haja diversidade no intento de dois Estados que pactuam, por exemplo, sobre a troca de minério de ferro por petróleo, pelo só fato de que um deles deseja obter o petróleo do copactuante, enquanto este tem seu interesse voltado para o minério. A intenção última de ambos, nesse quadro, é uma só: criar o mecanismo normativo que permita a satisfação de suas necessidades comerciais, mediante o intercâmbio daqueles bens. Assim, Kelsen aponta como pleonasmo a expressão *tratados normativos*[19]. Todos o são, dos mais transcendentes pactos universais às avenças de comércio que os Estados concluem aos pares. O que pode variar, em verdade, é o feitio de execução das normas convencionais — menos, porém, à luz do direito que sob um enfoque puramente operacional. Acresce que um dos dois polos dessa classificação, o tratado contratual, é algo que talvez nunca se encontre em estado de pureza. Mesmo nas avenças bilaterais voltadas para a simples troca de bens ou de serviços, é usual que marque presença o elemento "normativo" — consistente, por exemplo, numa cláusula de nação mais favorecida ou num dispositivo de salvaguarda. Quando menos, o tratado contratual terá seu texto arrematado pelas indispensáveis cláusulas finais — sobre ratificação, entrada em vigor, perspectiva de denúncia —, cujo caráter *normativo* os autores dessa proposição classificatória não poderiam negar.

Evite-se, contudo, o extremo de recusar qualquer valor jurídico a esse ensaio de classificação. Ele abriu caminhos à teoria geral do direito internacional público. Juan Carlos Puig lembra que a teoria do tratado-lei é de uma utilidade inestimável para a devida inteligência da função legislativa numa comunidade descentralizada[20]. Mas é possível afirmar, com segurança, que a distinção entre tratados contratuais e tratados normativos pouco préstimo oferece ao estudo do próprio direito dos tratados.

---

18. Hans Kelsen, La théorie juridique de la convention; *Arch. Ph.* (1940), v. 10, p. 40-43.

19. Hans Kelsen, *Principles of international law*, Nova York, Rinehart, 1952, p. 320.

20. Juan Carlos Puig, *Derecho de la comunidad internacional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, v. 1, p. 173.

**18. Execução no tempo.** Cabe aqui um esclarecimento incidente: pelos critérios formais, todo tratado se pode ajustar, na sua integralidade, a um dos polos de cada chave classificatória. Se confrontamos, por exemplo, os tratados bilaterais aos multilaterais, não há meio-termo, não há hibridismo possível. Já no domínio dos critérios materiais de classificação a realidade é outra. Não é de rigor, não é sequer fortemente provável que, tomando ao acaso um tratado internacional, possamos situá-lo, por inteiro, em determinada categoria. Foi visto, no parágrafo precedente, que um mesmo tratado pode abrigar elementos "normativos" e elementos "contratuais" — sob a ótica dos partidários dessa classificação. Esse fenômeno é próprio dos critérios classificatórios materiais: vê-lo-emos presente, por isso, no parágrafo atual e no seguinte.

À conta da execução no tempo, importa distinguir o tratado que cria uma situação jurídica *estática*, objetiva e definitiva, daquele que estabelece uma relação jurídica obrigacional *dinâmica*, a vincular as partes por prazo certo ou indefinido. O exemplo clássico da primeira espécie é o tratado de fronteiras — ou, mais exatamente, o *tratado de limites* —, pelo qual dois Estados acertam a linha divisória entre seus territórios. Aí se enquadram, por igual, os tratados pertinentes à cessão territorial — como, de resto, todos os tratados que formalizam transferência definitiva de bens de qualquer espécie.

A cessão territorial onerosa teve grandes exemplos no tratado de 3 de maio de 1803 (França-Estados Unidos), relativo à compra da Louisiana por 60 milhões de francos; no tratado de 30 de março de 1867 (Rússia-Estados Unidos), sobre a compra do Alasca por 7,2 milhões de dólares; e no tratado de 17 de novembro de 1903 (Bolívia-Brasil), sobre a compra do Acre por 2 milhões de libras esterlinas[21].

---

21. *Oliveira*, II, p. 318-319.

A doutrina tem proposto diversas denominações para os compromissos internacionais desta espécie: tratados *dispositivos*, *reais*, *territoriais*, *executados*, e até mesmo — o que soa paradoxal — *transitórios*. Este último rótulo se prende à ideia da instantaneidade da execução de tais pactos — limitada, muitas vezes, à simples publicidade da nova situação jurídica objetiva que as partes estabeleceram —, em confronto com a permanência, a continuidade, a extensão, no tempo, dos atos executórios de um tratado de aliança, de comércio, de extradição ou de cooperação científica. Por isso, os mesmos autores que chamam de transitórios os tratados criadores de situação jurídica objetiva qualificam como permanentes aqueles cuja execução se prolonga pelo tempo. Clara ironia: permanentes, a rigor, são os primeiros, visto que instituem, embora sem qualquer mecanismo de execução espraiado ao longo do calendário, um quadro jurídico que se pretende eterno. Com efeito, só a vontade comum das partes — não a denúncia unilateral, nem o rompimento diplomático, nem o fenômeno sucessório — poderia no futuro desfazer o tratado dispositivo. Esse tratado, assim, não se executa no dia a dia dos pactuantes, como um acordo de intercâmbio comercial. Ele opera como *título jurídico*, para fundamentar, a todo tempo, a legitimidade da situação que nele encontra origem.

Acadêmica, mas nem por isso desinteressante, é a questão de saber se o tratado dispositivo se pode dizer *vigente* pelo tempo afora. Questão que, de todo modo, não se coloca apenas no plano do direito internacional. Está em vigor, hoje, o tratado que em 1803 transferiu da França para os Estados Unidos o território da Louisiana? Isso é rigorosamente o mesmo que indagar se permanece em vigor, em certa ordem jurídica interna, a lei que, em 1945, tenha mandado erigir em praça pública o monumento a um herói nacional. Esses textos não se encontram juridicamente mortos, por força da alegada exaustão das medidas executórias que provocaram. Eles vigem, sem dúvida, apesar da profunda diversidade reinante entre sua vigência, que é estática — como a da escritura que prova uma transação imobiliária —, e a vigência dinâmica dos restantes compromissos internacionais.

É sempre possível encontrar combinadas as duas características num mesmo tratado, como aquele que traça a linha limítrofe entre dois Estados e ao mesmo

tempo institui comissão mista para preservar os recursos naturais da zona de fronteira. Esse feitio híbrido marca o tratado boliviano-brasileiro de 1903, relativo à negociação do Acre. Ali não se cuidou da venda de uma área já perfeitamente delimitada, por preço uniforme e liquidado no ato. A necessidade de bem determinar os contornos do território em causa, e ainda a complexidade da contraprestação, além do parcelamento da soma expressa em dinheiro, conduziram a que a execução desse pacto se prolongasse acentuadamente no tempo.

**19. Execução no espaço.** O entendimento dessa ideia classificatória será facilitado por um exemplo hipotético. Se o Reino Unido se envolve na celebração de um tratado relativo à padronização do uso de cheques por particulares, ou à proteção de algo como o meio ambiente ou os direitos humanos, vem à baila a questão do *alcance espacial* desse tratado, que, em regra, será aplicado a todo o território sujeito àquela soberania pactuante, mas que também poderia, por algum motivo, aplicar-se somente às ilhas britânicas, ou, pelo contrário, somente às terras ultramarinas, ou ainda ao conjunto, mas com a exclusão do país de Gales, ou das ilhas Shetland. Mas quando o Reino Unido trata com o Uruguai sobre a compra de carne, ou ingressa numa organização internacional mediante adesão a seu tratado constitutivo, ou se envolve em pactos pertinentes ao alto mar, à Lua, à Antártica, tende a ser de total impertinência o tema do alcance espacial desses compromissos no quadro territorial da potência contratante. Sua execução, com efeito, implica uma conduta centralizada, a cargo da administração do Estado, e voltada para o exterior. A presunção de validade do tratado em todo o território desse Estado faria aqui pouco sentido, porque, pela natureza do compromisso, ele não poderia, logicamente, viger em parte apenas do dito território.

Aos tratados da primeira espécie — não aos da segunda — refere-se o art. 29 da Convenção de Viena, assim concebido:

"Aplicação territorial dos tratados.

A menos que uma intenção diferente resulte do tratado, ou seja de outro modo estabelecida, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território".

A *intenção diferente* a que se refere o texto de Viena traduziu-se inúmeras vezes na chamada "cláusula colonial", com que potências do hemisfério norte deixaram expressa a inaplicabilidade, aos seus territórios de ultramar, de tratados geralmente afetos ao progresso social, a benefícios de ordem econômica, à garantia de direitos individuais. A limitação do alcance territorial de um tratado pode, entretanto, dever-se a razões somente técnicas — e não raro óbvias —, como sucede com o Tratado de Cooperação Amazônica, celebrado entre Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela:

"O presente Tratado se aplicará nos territórios das partes contratantes na Bacia Amazônica, assim como, também, em qualquer território de uma parte contratante que, pelas suas características geográficas, ecológicas ou econômicas, se considere estreitamente vinculado à mesma"[22].

## Seção III — PRODUÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL

**20. Competência negocial.** Todo Estado soberano tem capacidade para celebrar tratados, e igual capacidade costumam ter as organizações internacionais. Cuida-se agora de determinar *quem* está habilitado a agir em nome daquelas personalidades jurídicas à hora do procedimento negocial. Ao contrário do *treaty-making power*[23], que encontra sua disciplina no direito público interno de cada pessoa jurídica de direito das

22. Tratado de Cooperação Amazônica, de 3 de julho de 1978, art. 2.

23. Tanto quanto possível convém evitar o uso da expressão inglesa *treaty-making power*, que não oferece segurança conceitual à altura de sua popularidade, visto que experimentada, às vezes em doutrina, e frequentemente em linguagem diplomática, para significar três coisas diversas. Num primeiro extremo, cuida-se da capacidade que têm os Estados, e outras personalidades jurídicas de direito das gentes, para convencionar sob o pálio desse mesmo direito: a república do Peru e a UNESCO ostentam o *treaty-making power*, não possuído pelas unidades federadas do Arizona ou da Bahia, nem pela Ordem de Malta, nem pela United Fruit Corporation; e ficando casos como o de Taiwan, a outra república da China, a critério de cada copactuante potencial. No extremo oposto, trata-se da competência que pode revestir certo servidor do Estado para falar externamente em seu nome, comprometendo-o: neste sentido diz-se, por exemplo, que o primeiro-ministro detém o *treaty-making power* independentemente da apresentação de uma carta de plenos poderes. O emprego correto da expressão há de corresponder, todavia, a um plano intermediário, primordialmente afeto à ordem jurídica interna do Estado. A pesquisa lógica do *treaty-making power*

gentes, a representatividade exterior do Estado é matéria de direito internacional, sedimentada pela via costumeira, e hoje versada na Convenção de Viena. O ponto de partida para esse exercício analítico é o entendimento da dimensão jurídica do chefe de Estado.

*a) Chefes de Estado e de governo.* A voz externa do Estado é, por excelência, a voz de seu chefe. Certo que a condução efetiva da política exterior somente lhe incumbe, em regra, nas repúblicas presidencialistas, onde — a exemplo do modelo monárquico clássico — a chefia do Estado e a do governo se confundem na autoridade de uma única pessoa. No que estritamente concerne, porém, ao direito dos tratados, a representatividade ilimitada do chefe de Estado não sofre desgaste à conta do regime parlamentarista, em que se lhe preserva de toda responsabilidade governativa — transferida esta ao gabinete e a seu regente, o primeiro-ministro, titular da chefia do governo. É correta a proverbial assertiva de que os chefes de Estados parlamentares não governam. O que lhes sobra, contudo, costuma ser exatamente a encarnação da soberania estatal, e essa virtude representativa, no que toca à celebração de tratados internacionais, tem irrecusável importância.

A autoridade do chefe de Estado no domínio da conclusão de tratados internacionais não conhece limites: ele ostenta, em razão do cargo, idoneidade para negociar e firmar o acordo, e ainda para exprimir — desde logo, ou mediante rati-

---

não consiste, sob este prisma exato, em saber se o objeto de análise é ou não uma personalidade jurídica internacional, hábil para concluir tratados; e menos ainda em determinar quais as pessoas que falam em seu nome nos foros exteriores. Consiste, sim, em investigar o processo de formação da vontade do Estado quanto ao comprometimento externo, e tem por domínio, em razão disso, o seu direito constitucional. O *treaty-making power* é, assim, aquela competência que a ordem jurídica própria a cada Estado costuma partilhar entre o governo e o parlamento. Não é uma competência negocial: é o poder de determinar, em definitivo, a disposição do Estado em relação ao compromisso. Este o sentido do *treaty-making power* nas obras clássicas de Hans Blix e Paul de Vischer, como ainda em *O'Connell* (p. 219-220) e *Rousseau* (p. 33 e s.).

ficação ulterior — o consentimento estatal definitivo. Não vem à cena, neste passo, a questão constitucional doméstica. É notório que mesmo os chefes de Estados presidencialistas costumam ter partilhada com o poder Legislativo a competência para resolver sobre tratados; assim como é sabido que nas nações parlamentaristas o chefe de Estado — presidente ou monarca — nem sequer partilha essa competência, visto que mantido, em regra, à margem do processo decisório. Em ambos os casos, a limitação constitucional de poder não prejudica a plenitude da representatividade exterior.

Em todos os atos relacionados com o comprometimento internacional, o chefe de Estado dispõe da autoridade fluente de seu cargo, nada se lhe exigindo de semelhante à apresentação de uma carta de plenos poderes — mesmo porque é impossível atinar com *quem* expediria, em seu favor, semelhante credencial. A prática internacional, ora espelhada na Convenção de Viena, atribui idêntico estatuto de representatividade ao *chefe do governo* — quando essa função, qual sucede no parlamentarismo, seja distinta da precedente.

*b) Plenipotenciários.* Um terceiro dignitário possui ainda essa qualidade representativa ampla: trata-se do ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo. Aqui, porém, importa destacar certa distinção entre o ministro especializado e as duas autoridades precedentes. A representatividade do chefe de Estado e do chefe do governo pode entender-se *originária*, o que não sucede no caso do ministro, que a tem *derivada*. Reina um generalizado sentimento da impropriedade de se ajustar ao chefe de Estado, ou ao chefe do governo, o rótulo de plenipotenciário, visto que esta expressão intuitivamente se assemelha a *mandatário*, e só parece adequada a quem se viu conceder os plenos poderes — não a quem por natureza detém tais poderes, e a prerrogativa, inerente ao cargo, de outorgá-los a outrem. O ministro das relações exteriores se entende um plenipotenciário — no quadro internacional — desde o momento em que investido pelo chefe de Estado, ou pelo chefe do governo, naquela função especializada. Ele guardará o

benefício dessa presunção de qualidade, independentemente de qualquer prova documental avulsa, enquanto exercer o cargo.

Também prescinde da apresentação de carta de plenos poderes o *chefe de missão diplomática* — isto é, o embaixador ou o encarregado de negócios —, mas apenas para a negociação de tratados bilaterais entre o Estado acreditante e o Estado acreditado. O horizonte desta plenipotência presumida é, assim, e numa dupla dimensão, muito estreito se confrontado com o que se abre ao ministro do exterior.

A Convenção de Viena diz que esse poder geralmente reconhecido aos chefes de missão diplomática, para a negociação bilateral, vai até a adoção do texto do compromisso. Este é um momento processual que a própria Convenção, logo adiante, antepõe ao da autenticação do texto. Não é de crer que tenha havido o intento de estabelecer que o embaixador só tem virtude nata para levar a negociação até o consenso em torno do texto convencional, precisando, contudo, de uma carta de plenos poderes para autenticá-lo mediante assinatura. Isso contradiria a prática corrente, demonstrativa de que esses diplomatas negociam e assinam tratados bilaterais entre o Estado de origem e o Estado de exercício funcional, à base única do credenciamento permanente de que gozam. Isto, porém, na exata medida em que a assinatura signifique desfecho do processo negocial e autenticação do texto avançado, sem implicar consentimento definitivo.

Ressalvada, assim, a plenipotência que, de modo amplo ou limitado — respectivamente —, recai sobre o ministro das relações exteriores e o chefe de missão diplomática, é certo que os demais plenipotenciários demonstram semelhante qualidade por meio da apresentação da *carta de plenos poderes*. O destinatário dessa carta é, se bilateral a negociação, o governo copactuante, e sua entrega deve preceder o início da negociação, ou a prática do ato ulterior a que se habilita o plenipotenciário. O expedidor formal da carta de plenos poderes é o chefe de Estado, não só nas repúblicas presidencialistas — em que lhe incumbe simultaneamente a chefia do governo —, mas também, de modo geral, nos sistemas parlamentares de governo.

O elemento credenciado pela carta de plenos poderes há de ser, normalmente, um diplomata ou servidor público de outra área. A necessidade da credencial específica, de todo modo, é tão certa nesse caso quanto no de um particular recrutado pelo governo para o encargo negocial. Mesmo os ministros de Estado dela não prescindem — à exceção do titular das relações exteriores.

*c) Delegações nacionais*. Antes de tudo, a delegação tem a ver com a fase *negocial* da gênese dos tratados. Pluralizar a representação do Estado é algo oneroso, que só em circunstâncias raras encontraria justificativa à hora dos atos posteriores ao esforço preparatório do texto convencional. Naquela fase, contudo, a individualidade do plenipotenciário costuma não bastar à completa e adequada colocação dos desígnios do Estado. Dá-se-lhe apoio mediante a composição do grupo, subordinado à sua chefia. A hierarquia parece indissociável da delegação. Seu chefe — e apenas ele — detém a carta de plenos poderes. Os demais integrantes do grupo, quer se qualifiquem como delegados, quer como suplentes, ou como assessores, têm por incumbência dar-lhe o suporte que requeira — suprindo, por exemplo, sua impossibilidade de presença constante à mesa de uma negociação ininterrupta, ou de presença simultânea em duas ou mais câmaras a que, por especialidade, os trabalhos preparatórios se hajam distribuído. Não se concebem conflitos dentro da delegação: há de prevalecer, em face da eventual variedade de opiniões, a voz do chefe[24], enquanto autorizada — o que se presume até evidência em sentido contrário — pela origem de seus plenos poderes.

---

24. Entretanto, isto não se dá com as delegações nacionais à conferência anual da OIT, onde se negociam as convenções internacionais do trabalho: o chefe, neste caso, é um delegado governamental, cuja posição não vincula os delegados classistas, representantes sindicais dos empregadores e dos trabalhadores.

O chefe da delegação não é necessariamente um diplomata. Outros servidores do Estado, civis ou militares, podem receber o encargo. Neste caso é comum — embora não obrigatória — a presença de pelo menos um diplomata no corpo da delegação.

No caso das organizações internacionais, o secretário-geral — ou o funcionário que, sob título diverso, encabeça o quadro administrativo da organização, é quem, via de regra, e sob a autoridade da assembleia geral, conclui seus tratados. Essa prática tem sido adotada pela OEA e pelas congêneres de alcance regional, seja o copactuante um Estado integrante do respectivo quadro ou estranho a ele, ou ainda uma outra organização internacional. O Secretário-geral da ONU, por sua vez, esteve incumbido de celebrar tratados afetos à competência decisória da Assembleia Geral — como os acordos de sede, em 1946-47, com a Suíça e os Estados Unidos —, à do Conselho de Segurança e à do Conselho Econômico e Social. Houve casos em que o secretário-geral subdelegou esse encargo a diretores executivos da organização.

**21. Negociação bilateral: roteiro e circunstâncias.** Em regra, a negociação bilateral ocorre no território de uma das partes contratantes, sendo lógico e econômico que tenha curso na capital nacional, entre a chancelaria — assim chamado o ministério, secretaria de Estado ou repartição governamental que responde pelas relações exteriores — e a embaixada do Estado copactuante, ou a delegação especialmente enviada por este para discutir o tratado. A falta de relacionamento diplomático permanente entre dois Estados não impede que o preparo de um tratado bilateral se faça no território de um deles, mediante o envio, pelo outro, de delegação *ad hoc*. Certos fatores, no entanto, podem apontar como preferível que se negocie em território de terceiro Estado. Destacam-se entre esses fatores (a) o clima de animosidade ou desconfiança mútua reinante entre as partes e (b) a vantagem operacional e econômica representada pelo cenário neutro, onde se encontrem representações diplomáticas permanentes dos dois pactuantes.

O acordo de Paris pôs termo a cinco anos de negociação, na capital francesa, entre o Vietnã e os Estados Unidos da América, enquanto continuava em curso um

conflito armado entre as partes (1968-1973). Em circunstâncias não muito diversas, Egito e Israel concluíram o acordo de Camp David, em território americano, em 26 de março de 1979. O Brasil, não dispondo, no Império e na República velha, de missões diplomáticas permanentes em diversas nações da América Latina — que tampouco se faziam representar no Rio de Janeiro —, com elas desenvolveu negociações convencionais naqueles centros de grande convergência diplomática do passado. Tal foi o caso das convenções de arbitragem Brasil-Haiti e Brasil-República Dominicana, ambas negociadas em Washington, por contacto entre embaixadas, e concluídas, respectivamente, em 25 e 28 de abril de 1910.

Se as partes fazem uso de um mesmo idioma, é natural que nele se desenvolva a negociação e se lavre o texto do tratado. A regra parece valer também no caso de Estados plurilíngues que tenham um idioma em comum, qual o francês entre Bélgica e Suíça, ou o inglês entre Canadá e Nigéria. Não há registro histórico da preterição das comodidades oferecidas pelo uso da língua comum às partes, nem mesmo ao tempo em que se podia indicar o latim, e mais tarde o francês, como língua diplomática de certo prestígio.

Se diferentes as línguas das partes em negociação bilateral, o diálogo terá curso no idioma — não raro um terceiro — que maior comodidade ofereça. O resultado, contudo, há de ser um texto convencional:

a) lavrado numa única versão autêntica;

O latim, para tal propósito, não sobreviveu ao século XVIII — nem teria, de outro modo, a dimensão exigida pela linguagem convencional contemporânea. Outro idioma sem bandeira, o esperanto, não fez sucesso no domínio do direito das gentes. O francês foi, nos séculos XVIII e XIX, o idioma que mais se empregou nos tratados bilaterais entre países que não o tinham como vernáculo. Não, porém, sem incômodo político, tantas vezes traduzido numa cláusula final lembrando que o uso daquele idioma não o consagrava para qualquer efeito, não devendo mais tarde ser invocado como precedente. Essa cláusula aparece nos Tratados de Rastadt de 1714 e de Aix-la-Chapelle de 1748, no Tratado de aliança franco-austríaco de 1756, na Ata final do Congresso de Viena de 1815, e ainda no tratado relativo ao casamento do príncipe D. Pedro com a arquiduquesa Leopoldina, de 1816.

b) lavrado em duas versões autênticas e de igual valor;

Por honrar o princípio da igualdade, este sistema tem merecido franca preferência na prática internacional moderna, apesar do embaraço prático que pode resultar de dar-se valor uniforme aos dois textos, para efeito de interpretação.

c) lavrado em mais que duas versões, todas autênticas e de igual valor;

Esta fórmula, comum no domínio dos tratados multilaterais, explica-se no plano bilateral quando uma das partes, pelo menos, é um Estado plurilíngue, ou uma organização internacional empenhada em valorizar de modo paritário, nesse terreno, os idiomas de seus Estados-membros.

d) lavrado em duas ou mais versões autênticas, mas com privilégio assegurado a uma única, para efeito de interpretação.

Se, neste caso, o privilégio recaísse sobre o idioma de uma das partes, a comodidade interpretativa mal compensaria o incômodo político, semelhante àquele que marca o sistema da versão única. Tem sido comum, à vista disso, que se dê prevalência à versão concebida em terceiro idioma. Veja-se, no Acordo sobre transporte marítimo Brasil-Polônia, de 1976, art. 10: "Feito em Varsóvia, em 26 de novembro de 1976, em dois originais, nas línguas portuguesa, polonesa e inglesa, sendo todos os textos igualmente autênticos. Em casos de qualquer divergência, prevalecerá o texto em língua inglesa".

O texto de todo tratado bilateral expresso em instrumento único há de resultar, na sua integralidade, do consenso entre as partes, corresponsáveis por sua formulação. Quando, sobre a substância do pactuado, tanto quanto sobre sua expressão formal, nenhum debate sobreviva entre os pactuantes, a negociação terá terminado. O texto estará pronto — e o estará, se for o caso, em mais de um idioma —, cumprindo agora autenticá-lo, para que se tenha a exata evidência documental de quanto quiseram estabe-

lecer os negociadores. A *assinatura* destes é ato idôneo para a autenticação do texto convencional. Não menos idônea, para esse exato fim, é a assinatura *ad referendum*, ou a simples *rubrica* — decorrências usuais do fato de não se encontrar o negociador munido de poderes para uma assinatura normal.

Supondo que nos encontremos em face de um tratado bilateral sujeito à ratificação pelas partes — um tratado, pois, de procedimento longo —, é evidente que a assinatura não cria por si o vínculo convencional. Nesse caso a explicação para que certo Estado reduza os poderes de seu agente negociador ao âmbito da rubrica, ou da firma *ad referendum*, está muitas vezes numa presunção intuitiva, tão desprovida de base jurídica quanto — infelizmente — disseminada desde algum tempo, no sentido de que a assinatura não se limita a fixar e a autenticar o texto, mas importa algum inominado compromisso para as partes. Isto é um engano. O consentimento que pela firma se exprime, nesse quadro, alcança a *redação* do projeto convencional, e é apenas prenunciativo da expressão da vontade de assumir o vínculo — expressão esta que poderá deixar de sobrevir, já que juridicamente não obrigatória, nem mesmo para governos independentes, neste domínio, de controle parlamentar. Se algo mais, portanto, se pode deduzir da assinatura que a simples autenticidade do texto, é a vontade de prosseguir no procedimento. Isso não é nada além da intenção governamental de refletir sobre a perspectiva de ratificação do projeto, para, se a tanto animado, observar a provável imposição, por seu direito interno, de prévia consulta ao poder Legislativo.

**22. Negociação coletiva: roteiro e circunstâncias.** A negociação coletiva comum reclama a convocação de uma conferência diplomática internacional, votada exclusivamente à feitura de um ou mais tratados, ou a uma pauta de discussão mais ampla, em que se inclua, contudo, alguma produção convencional.

Assim, as conferências de Viena de 1961 e de 1963 aconteceram para o fim único de se produzirem, respectivamente, os tratados relativos aos privilégios do serviço diplomático e do serviço consular. Já as conferências interamericanas anteriores à fundação da OEA — e por isso inconfundíveis com sessões de assembleia de uma organização internacional — foram fecundas na produção de tratados, sem que sua agenda se limitasse somente a esse trabalho.

A conferência é usual mesmo quando não muito numerosos os Estados interessados em pactuar. Sua iniciativa, assume-a um grupo de Estados, uma organização internacional, ou mesmo um Estado isolado que, por qualquer razão, tenha especial interesse no trato da matéria. Se a iniciativa é de uma organização internacional, a negociação do tratado pode ter curso em seu próprio interior. De outro modo, impõe-se o entendimento oportuno com Estado que ofereça seu território para sediar a conferência.

Sediar conferência preparatória de tratado internacional é empresa onerosa, visto que não é costume ratearem-se despesas de arranjo e manutenção do local próprio, ou de serviços secretariais — dentre os quais a interpretação oral simultânea e a tradução de textos têm destacado peso. Parece, entretanto, que o dispêndio do tesouro público local é largamente compensado, em termos econômicos, pelo ingresso das divisas que responderão pela subsistência das delegações estrangeiras.

Em presença da pluralidade idiomática — que marca todas as conferências internacionais de grande porte numérico —, será necessário que as partes escolham os idiomas de trabalho negocial, e os idiomas em que pretendem lavrar as versões autênticas do texto acabado. Não é imperioso que coincidam aqueles e estes, mas é o que sucede normalmente.

Versão *autêntica* é a que se produz no curso da negociação, e que a seu término merece a chancela autenticatória das partes. Versão *oficial* é a que, sob a responsabilidade de qualquer Estado pactuante, produz-se a partir dos textos autênticos, no seu próprio idioma. Assim, a Carta das Nações Unidas foi concebida em cinco versões autênticas — nos idiomas chinês, espanhol, francês, inglês e russo —, e deu origem a inúmeras versões oficiais — como aquela que, em português, foi lavrada no Brasil.

Usualmente complexa, a ordem dos trabalhos numa conferência multilateral preparatória de tratado exige um texto normativo, de proporções variáveis. Esse *regulamento interno* da conferência costuma ser projetado pelo governo do Estado sede ou pela secretaria da organização internacional convocadora, e submetido,

vestibularmente, à deliberação plenária. A divisão inicial dos negociadores em comissões e grupos de trabalho é o meio de garantir o progresso e a racionalidade da negociação, virtualmente impossível no plenário, salvo quando se imaginasse um tratado multilateral de rara simplicidade, em torno de cujo projeto se conseguisse reunir, desde logo, a aquiescência das partes. A disponibilidade de um projeto de tratado tem sido regra nas conferências internacionais, e sua utilidade é certa, ainda nos casos em que afinal, no texto acabado, pouco ou nada reste daquela base de trabalho. Dificilmente se poderia instaurar a negociação pelo debate oral, na ausência de um ou mais esboços que, tomados como referência, permitam avaliar as posições de princípio dos negociadores.

Já vimos que nenhuma negociação bilateral chega a bom termo sem que o texto convencional, em cada uma de suas palavras, tenha parecido convir a ambas as partes. Num quadro coletivo, o ideal do assentimento unânime é de tanto mais difícil conquista quanto maior o número de Estados pactuantes. Há que aceitar o fenômeno da sucumbência, e todo o esforço desenvolvido na prática das negociações coletivas, a propósito, foi no sentido de assegurar que os pactuantes minoritários somente devessem enfrentar contrariedade quando opostos a uma expressiva maioria. À luz dessa ideia fermentou o princípio dos dois terços — por oposição ao de simples maioria absoluta. Consagra-o, hoje, a Convenção de Viena:

> "A adoção do texto de um tratado numa conferência internacional efetua-se por maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, a menos que esses Estados decidam, por igual maioria, aplicar uma regra diversa" (art. 9º, § 2º).

Sob o argumento da conveniência de evitar, tanto quanto possível, a confrontação pelo voto, e a consequente configuração dos negociadores "vencidos", tem-se visto apregoar a excelência do *consenso*, cuja busca, por todos os meios, e ainda que à custa de mútua transigência, seria o melhor método de negociação coletiva. A respeito, estudo de Barry Buzan toma por modelo de análise a Conferência das Nações Unidas sobre o direito do mar,

e transcreve, em certo ponto, uma observação de Charney que melhor fará compreender o substrato político dessa tendência:

> "O sistema do consenso garante que a tomada de decisões na negociação multilateral de um tratado não será dominada pela superioridade numérica de nenhum grupo de nações. Antes, dar-se-á maior significado procedimental à variedade no poder das nações. Como é difícil fazer aceitar sistemas de voto que abertamente reconheçam as diferenças de importância entre as nações, o método do consenso permite a manutenção de uma processualística igualitária que, na prática, pode assegurar que as negociações multilaterais reflitam o poder geopolítico real das nações participantes"[25].

Embora não comprometa em definitivo — visto que os tratados multilaterais normalmente não prescindem da ratificação de cada Estado pactuante para obrigá-lo —, a assinatura é algo a cujo respeito os governos contemporâneos têm hesitado mais do que seria razoável, à vista de que esse ato apenas contribui para garantir a autenticidade do texto que se acabou de negociar no foro multilateral. A não assinatura por parte do Estado que integrou os trabalhos negociais é um gesto sem significado jurídico, e pretende ter, no plano político, efeito publicitário da insatisfação daquele com o texto acabado, e, pois, de sua dúvida sobre a utilidade de assinar o que provavelmente não será por ele ratificado.

**23. Estrutura do tratado.** O texto convencional acabado ostenta sempre um preâmbulo, seguido da parte dispositiva[26]. Eventualmente esse texto é complementado por anexos.

Em regra, na atualidade, o preâmbulo enuncia o rol das partes pactuantes, e fala dos motivos, circunstâncias e pressu-

---

25. Barry Buzan, Negotiating by consensus: developments in technique at the U.N. Conference on the law of the sea; *AJIL* (1981), v. 75, p. 327.

26. Falamos aqui do tratado expresso em instrumento único, seja ele bilateral ou coletivo. A estrutura ora examinada não é, pois, a do tratado por troca de notas, de cujo feitio já se teve notícia no parágrafo referente à base instrumental.

postos do ato convencional. As considerações do preâmbulo não integram a parte compromissiva do tratado. Não obstante, parece merecer assentimento geral a ideia de que, a exemplo do preâmbulo de constituições nacionais e outros diplomas de direito interno, o arrazoado que encabeça os tratados internacionais pode representar valioso apoio à *interpretação* do dispositivo. Rousseau enfatiza em dois casos a utilidade do discurso preambular; aquele em que ali se encontra uma disposição *supletiva*, no intento de suprir as lacunas do tratado...

É o que se dá nas Convenções da Haia (1899, 1907) sobre o direito da guerra, onde o preâmbulo lembra que, nas situações ali não regidas, os beligerantes e a população civil estarão "sob a salvaguarda e sob o império dos princípios do direito das gentes, tal como resultam dos usos estabelecidos entre nações civilizadas, das leis de humanidade e das exigências da consciência pública". É também o que sucede na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: o preâmbulo termina por afirmar que "as regras do direito internacional costumeiro continuarão a reger as questões não reguladas nas disposições da presente Convenção".

..., e aquele em que o preâmbulo enuncia os *objetivos* do tratado com precisão suficiente para orientar a interpretação do dispositivo[27].

Por mais de uma vez a Corte Internacional de Justiça valeu-se declaradamente do preâmbulo para determinar o exato alcance de parte do dispositivo convencional: caso do *direito de asilo*, opondo a Colômbia ao Peru, e trazendo à cena a Convenção da Havana de 1928 sobre aquele tema; caso dos *súditos norte-americanos no Marrocos*, opondo a França aos Estados Unidos, e reclamando interpretação do Ato de Algesiras, de 1906; caso do *Sudoeste africano*, opondo Etiópia e Libéria à África do Sul, e motivando exame do mandato confiado pela SDN a este último Estado, em 1920.

Parte essencial do tratado, o *dispositivo* lavra-se em linguagem jurídica — o que não ocorre, necessariamente, com o pre-

---

27. *Rousseau*, p. 30.

âmbulo, ou com os anexos. Suas construções linguísticas têm o feitio de normas, ordenadas e numeradas como *artigos* — vez por outra como *cláusulas*. A dimensão varia: muitos são os tratados que contam menos que uma dezena de artigos, contrastando com a Convenção de Genebra de 1949 sobre a proteção de civis — cento e cinquenta e nove artigos —, o Tratado de Roma, que instituiu a CEE, em 1957 — duzentos e quarenta e oito artigos —, ou o Tratado de Versalhes de 1919 — quatrocentos e quarenta artigos.

Diversamente do preâmbulo, os *anexos* constituem parte do teor compromissivo do tratado. Seu deslocamento topográfico resulta às vezes da conveniência de um abrandamento metodológico do texto principal, e, mais frequentemente, da intenção de evitar que esse texto, lavrado em linguagem jurídica, sofra o enxerto de outro gênero de linguagem — quando não de equações ou fórmulas numéricas, gráficos e ilustrações. Em anexo, diversos dos tratados sobre o direito da guerra mostram símbolos vários, referidos — mas obviamente não estampados — no dispositivo. Conforme a natureza do tratado, o anexo pode ser uma lista de produtos químicos, de cereais, de entorpecentes, de espécies da fauna marinha, e muito mais.

## Seção IV — EXPRESSÃO DO CONSENTIMENTO

**24. Assinatura.** Fala-se aqui daquela firma que põe termo a uma negociação — quase sempre bilateral —, fixando e autenticando, sem dúvida, o texto do compromisso, mas, acima disso, exteriorizando em definitivo o consentimento das pessoas jurídicas de direito das gentes que os signatários representam. Não há, pois, perspectiva de ratificação ou de qualquer gesto confirmatório alternativo. O comprometimento se perfez, e o tratado tem condições de vigência imediata — a menos que, por conveniência das partes, prefiram diferir a vigência por tempo certo. De todo modo, uma cláusula final terá disciplinado essa matéria.

Acordo Brasil-Colômbia, de assistência recíproca para a prevenção do uso e tráfico ilícitos de substâncias estupefacientes e psicotrópicas:

"Art. VIII. O presente Acordo (...) entra em vigor sessenta dias depois da data de sua assinatura.

..........................................................................................................................

Feito em Bogotá, aos 12 dias do mês de março de 1981, em dois originais, nas línguas portuguesa e espanhola, sendo ambos os textos igualmente autênticos" (R. S. G.) (D. U. V.).

Protocolo Brasil-R. F. da Alemanha sobre cooperação financeira:

"Art. 8. O presente Protocolo entrará em vigor na data da sua assinatura.

Feito em Brasília, aos 12 dias do mês de junho de 1981, em dois originais, cada um nos idiomas português e alemão, sendo ambos os textos igualmente autênticos" (R. S. G.) (F. J. S.).

O primeiro exemplo ilustra, no domínio do direito dos tratados, o fenômeno correspondente à *vacatio legis*. Ao longo dos sessenta dias ali referidos, encontram-se as partes na expectativa de que chegue o momento por elas considerado ideal para o início de vigência do tratado. É fundamental que essa dilação da entrada em vigor — muito comum também nos tratados coletivos — não obscureça ou perturbe, de nenhum modo, a certeza de que o compromisso internacional já está consumado, em termos definitivos e perfeitos. Não há retratação possível, a pretexto de que o pacto ainda não entrou em vigor. Uma coisa é a consumação do vínculo jurídico, de pronto escorado na regra *pacta sunt servanda*. Outra, diversa e secundária, desde que já estabelecido aquele vínculo obrigatório para as partes, é a determinação do momento em que lhes tenha parecido preferível desencadear, com a vigência, a disciplina legal convencionada, em sua plenitude.

**25. Intercâmbio instrumental.** Na troca de notas a expressão do consentimento pode, em tese, ficar na dependência de futura manifestação das partes. A experiência brasileira registra casos de submissão ao Congresso de acordos concluídos por esse

método para que, com o abono parlamentar, o Executivo os confirmasse em seguida. Usual, porém, é que o caminho da troca de notas traduza a opção das partes pelo procedimento breve, e que o consentimento, assim, deva exprimir-se em fase única, ao cabo da negociação. Dentro deste quadro, não é a assinatura de uma e outra das notas o ato expressivo do consentimento, mas sua transmissão à parte copactuante.

Ao contrário da assinatura de um tratado feito em instrumento único, a assinatura da nota unilateral não é ato público, e o cenário — não menos unilateral — de sua aposição sobre o documento é de molde a torná-la reversível. Só a efetiva troca das notas perfaz o compromisso. E quando não simultânea a entrega mútua de instrumentos, a transmissão da nota-proposta compromete o remetente — tal como o gesto do primeiro Estado a ratificar certo pacto coletivo —, consumando-se o vínculo bilateral com a transmissão da nota-resposta.

**26. Ratificação: entendimento.** Pelo acentuado número de distorções que circundam o entendimento desse instituto, convém que se lhe precise de início o conceito, para cuidar depois das características principais da ratificação, das formas que pode assumir materialmente e, por último, da figura do depositário dos instrumentos de ratificação, no caso dos tratados multilaterais.

Arnold McNair lembrou que o termo *ratificação* tem sido usado, em teoria e prática do direito internacional público, para significar pelo menos quatro coisas distintas:

"a) o ato do órgão estatal próprio — um soberano, um presidente, um conselho federal — que exprime a vontade do Estado de se obrigar por um tratado; isto é o que às vezes se denomina ratificação no sentido constitucional;

b) o procedimento internacional pelo qual o tratado entra em vigor, ou seja, a troca ou depósito formal dos instrumentos de ratificação;

c) o próprio documento, selado ou de outro modo autenticado, em que o Estado exprime sua vontade de se obrigar pelo tratado;

d) avulsa e popularmente, a aprovação do tratado pela legislatura, ou outro órgão estatal cujo consentimento possa ser necessário; este é um emprego infeliz da palavra, e deveria ser evitado"[28].

O erro conceitual deste último entendimento da ratificação é tão comum quanto grave. Faz-se, no caso, uso de termo consagrado em direito internacional para cobrir fato jurídico que, onde previsto pelo direito interno, neste encontra sua exclusiva regência. Parece, ademais, que a ideia da "ratificação" do tratado como ato constitucional doméstico, a cargo do parlamento, reflete o imperdoável esquecimento de que o tratado envolve diversos Estados, não cabendo supor que uma ou mais soberanias copactuantes, já acertadas com o governo do Estado de referência, tenham ficado na expectativa do abono final do parlamento deste.

Não se pode entender a ratificação senão como ato *internacional*, e como ato *de governo*. Este, o poder Executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar — o que no léxico significa *confirmar* —, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial, deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. Parlamentos nacionais não ratificam tratados, primeiro porque não têm voz exterior, e segundo porque, justamente à conta de sua inabilidade para a comunicação direta com Estados estrangeiros, nada lhes terão prenunciado, antes, por assinatura ou ato equivalente, que possam mais tarde confirmar pela ratificação.

---

28. *McNair*, p. 130.

Nos tópicos de McNair, a letra *c* retrata a confusão compreensível — e, em geral, inofensiva — que se faz às vezes entre um *ato jurídico* e seu *instrumento*, seu produto documental. Temos aqui o avesso da tendência, em linguagem jurídica coloquial, a dizer que "uma procuração" — em vez de um *mandato* — foi confiada por certa pessoa a outra. É o nome do instrumento tomando lugar ao nome do ato; enquanto, na hipótese ora referida, em trilha inversa, chama-se pelo nome do ato jurídico ratificação aquilo que é apenas o instrumento de ratificação ou a carta de ratificação.

O exato conceito da ratificação não é tampouco o que se vê, dentro do rol precedente, na letra *a*. Em direito das gentes, esse instituto não se deve confundir com a chamada "ratificação no sentido constitucional", até porque diversos são os Estados em que a ratificação de nenhum modo se formaliza internamente, sendo, pois, apenas apurável quando se consuma no plano internacional, e com o inteiro feitio de um ato internacional.

O entendimento expresso na alínea *b* da relação de McNair é o que se aproxima da realidade, exceto pela referência à *entrada em vigor* do tratado — um desfecho cuja eventual inocorrência não invalida a certeza da ratificação acaso consumada, e depois carente de objeto pela desistência da outra parte, ou pela falta de *quorum*. Na tentativa conceitual é impossível desprezar, por outro lado, o elemento léxico. O cerne jurídico e os efeitos da *ratificação* e da *adesão* tendem a ser rigorosamente idênticos, sem que o valor etimológico do primeiro termo nos autorize, porém, a usá-lo para significar o procedimento isolado e originário de quem, nada havendo dito antes de provisório, prenunciativo ou condicional, nada possa depois *confirmar*, ou dizer de novo, agora em definitivo.

Ratificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.

**27. Ratificação: características.** Outrora, fundava-se a prática da ratificação de tratados no intuito de garantir ao soberano o controle da ação exterior de seus plenipotenciários. Era raro, mesmo nas monarquias constitucionais como o Império do Brasil, que o poder Legislativo devesse merecer consulta preliminar

à ratificação de um pacto pelo governo. Seria demasiada e temerária confiança, entretanto, permitir que o negociador plenipotenciário, numa época de comunicações lentas e difíceis, ajustasse lá fora os termos do compromisso — às vezes sob o peso de circunstâncias fortuitas e questões imprevisíveis, surgidas no curso do trabalho negocial —, e desde logo o assumisse em definitivo, trazendo ao soberano o fato consumado. O intervalo entre a assinatura e a ratificação era tempo de meditar sobre a qualidade do desempenho negocial do plenipotenciário, e sobre a conveniência de confirmar o pacto. Análise esta que se desenvolvia, de regra, no estrito domínio do governo.

Charles Rousseau, referindo-se ao momento contemporâneo, destaca três razões justificativas de que se tenha preservado a prática do consentimento mediante ratificação. De início, a importância da matéria versada nos tratados reclama o pronunciamento pessoal do chefe de Estado, a quem deve incumbir o ato jurídico envolvente de interesses nacionais de monta. Em segundo lugar, essa prática previne controvérsias acerca de um eventual abuso ou excesso de poder por parte do plenipotenciário, à ocasião da assinatura, e reduz ao mínimo a perspectiva da arguição de erro, dolo, corrupção ou coação. A terceira razão é, do ponto de vista de inúmeras nações, a mais importante: cuida-se do desenvolvimento da participação do poder Legislativo na formação da vontade do Estado sobre o comprometimento exterior. E os parlamentos, porque ausentes da cena diplomática, não poderiam falar senão no tempo que medeia entre esses dois distintos atos de governo, a assinatura do tratado e sua ratificação[29].

*a) Competência.* Não ao direito das gentes, mas à ordem constitucional interior de cada Estado, incumbe determinar a competência de seus órgãos para a assunção, em nome do Estado, de compromissos internacionais — e, pois, para a *ratificação* de tratados, cuja *negociação*, à força de exemplar uniformidade entre as várias ordens jurídicas, terá sido conduzida por agentes do poder Executivo.

---

29. *Rousseau*, p. 32.

Importante, entretanto, é ter presente a distinção entre a disciplina constitucional do *treaty-making power* — com que os Estados cuidam, em regra, de partilhar de algum modo entre o Executivo e o Legislativo o poder decisório — e a disciplina internacional da representatividade do Estado frente a seus pares. Sabe-se, por via de regra, que ao chefe de Estado cumpre formalizar a ratificação, firmando a respectiva carta instrumental: isto sucede mesmo nos países onde, em razão do governo de gabinete, pouco tem ele, chefe de Estado, de poder real; e ainda naqueles onde o próprio governo se subordina, nessa matéria, ao mais amplo e severo controle parlamentar. Apesar de tudo, não se discutirá, no foro internacional, a legitimidade de um primeiro-ministro, ou mesmo de um ministro de relações exteriores, que em seu próprio nome pretenda ratificar certo tratado. A questão, aqui, é de pura representatividade, e a Convenção de Viena, fiel ao costume, deixou claro que chefes de governo e ministros do exterior também se presumem competentes para todos os atos relativos à conclusão de um tratado.

*b) Discricionariedade.* Expressão final do consentimento, a ratificação é tão discricionária quão livre o Estado para celebrar tratados internacionais. Parece claro que a assinatura, sempre que adotado o procedimento longo, não pretende vincular o Estado, já que de outro modo faltaria razão de ser ao ato ratificatório. É ainda certo — embora talvez nem tão evidente — que a assinatura, nesse caso, tampouco vincula o *governo* do Estado, de modo que se possa aventar a obrigatoriedade da ratificação desde quando aprovado o compromisso pelo parlamento. O princípio reinante, pois, é o da discricionariedade da ratificação. Por quanto ficou visto, não comete qualquer ilícito internacional o Estado que se abstém de ratificar um acordo firmado em foro bilateral ou coletivo. Rousseau pondera que, embora lícita, a recusa de ratificação se pode às vezes entender como politicamente inoportuna ou inamistosa[30].

Em 3 de dezembro de 1979 a França anuncia seu propósito de não ratificar a Convenção de 3 de dezembro de 1976 sobre a despoluição do Reno. Uma semana depois os Países Baixos — cujo empenho nessa Convenção chegara a motivar a ida,

30. *Rousseau*, p. 34.

a Paris, de um grupo de parlamentares holandeses, com o objetivo de animar seus pares no parlamento francês — exprimem um protesto formal contra aquela atitude. O Brasil não ratificou a Convenção sanitária que firmara com a Argentina e o Uruguai em 1873, nem o Tratado argentino-brasileiro de 1890 sobre a fronteira das Missões, nem tampouco o Tratado de amizade e comércio celebrado com a Pérsia em 1903. No segundo caso, o Congresso desaprovou o tratado, por larga maioria. No primeiro, porém, em razão da época, não cabia consulta ao parlamento, havendo ocorrido desistência governamental após melhor análise do texto. No terceiro, enfim, o Congresso chegou a aprovar o tratado por decreto legislativo, e a recusa de levar a termo o comprometimento deveu-se tão só às reflexões finais do governo.

Não há norma costumeira, em direito das gentes, fixando algo como um prazo máximo para ratificação do tratado, a contar do término da negociação, ou da assinatura — acaso diferida —, ou do momento em que o governo interessado disponha da respectiva aprovação parlamentar. A disciplina desta questão é tópica. O tratado poderá calar-se a respeito, deixando valer o princípio da discrição quanto ao ensejo em que cada Estado o irá ratificar. Ou certa cláusula final fixará prazo — algo como dois anos — para que sobrevenham as ratificações.

Sucede que muitos dos tratados que estipulam prazo para os Estados negociadores exteriorizarem seu consentimento definitivo são tratados *abertos à adesão*. Fica visto, em tais circunstâncias, que não há na fixação do prazo, em essência, um comando peremptório, mas uma exortação a que os pactuantes não retardem indefinidamente sua palavra última. Afinal, perdido o prazo para ratificar o pacto, poderá o Estado valer-se da prerrogativa aberta aos que nem sequer o firmaram, e ingressar no seu domínio jurídico mediante adesão. O Brasil firmou em Genebra, em 7 de junho de 1930, a Convenção estabelecendo lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias, cujo art. 4º mandava que os instrumentos de ratificação fossem depositados antes de 1º de setembro de 1932. Não tendo podido observar o prazo, este país acabaria por aderir à Convenção — nos termos do art. 5º —, em 26 de agosto de 1942.

*c) Irretratabilidade.* Ato unilateral e discricionário, a ratificação é, não obstante, irretratável, mesmo antes que o acordo se tenha tornado vigente, e, às vezes, antes que a regra *pacta*

*sunt servanda* haja começado a operar em sua plenitude. É de evidência primária que, vigente o compromisso, seu fiel cumprimento se impõe às partes, e a denúncia unilateral, se e quando possível, estará subordinada a regras prefixadas, acautelatórias do interesse dos demais pactuantes. A irretratabilidade da ratificação, contudo, é princípio que opera desde que formalizada a expressão individual do consentimento definitivo, cobrindo, assim, duas espécies de lapso temporal anterior à vigência do tratado: (1) o período em que a ratificação de uma das partes aguarda a da outra, nos acordos bilaterais; ou aquele em que as primeiras ratificações aguardam o alcance do *quorum*, nos acordos coletivos; e (2) *a fortiori*, o período em que, consumado o pacto bilateral pela dupla ratificação, ou o pacto coletivo pelo alcance do *quorum*, as partes esperam que se esgote um lapso de acomodação, previsto no próprio texto — trinta dias, noventa dias, ou algo assim —, para a entrada em vigor. Nesta segunda hipótese o pacto já se encontra desenganadamente perfeito e consumado. A norma *pacta sunt servanda* opera com toda sua virtude, e responde pela irretirabilidade das ratificações. Na primeira hipótese, porém, visto que o tratado ainda não existe juridicamente, seria imprópria a invocação daquela norma fundamental. São princípios como o da boa-fé e o da segurança das relações internacionais que embasam, em tal caso, a regra costumeira da irretratabilidade do consentimento definitivo.

Aqui, no entanto, a regra não tem valor absoluto. Os mesmos princípios que lhe servem de apoio podem socorrer, eventualmente, a pretensão do Estado desejoso de retirar seu consentimento a um tratado bilateral, quando a demora no pronunciamento da outra parte se tenha tornado insuportável. Este ponto de vista encontra suporte implícito na Convenção de Viena, que manda que o Estado se abstenha de praticar atos frustratórios do objeto e da finalidade de um tratado por ele ratificado, enquanto aguarda sua entrada em vigor, mas sob a condição de que esta não seja indevidamente retardada[31]. Por mais forte razão, o honesto abandono do consentimento há de ser tolerado nesta mesma hipótese.

31. Art. 18, *b*.

Caso a caso, porém, é que se poderá dizer da excepcionalidade justificativa de semelhante gesto — a exemplo do que ocorre, em direito das gentes, com a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*. Não há como ditar por antecipação a medida de uma demora insuportável, a dimensão de uma expectativa razoavelmente inexigível. Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, representante do Brasil na conferência de que resultou a Convenção de Viena, relata que quando da votação do artigo retromencionado certa delegação nacional desejou saber, com maior clareza, quando se pode estimar que a entrada em vigor de um tratado está sendo "indevidamente retardada"; ao que Humphrey Waldock, relator do projeto, replicou que "quanto menos se dissesse a respeito, melhor"[32].

**28. Ratificação: formas.** Onde quer que a ratificação se preveja como meio de expressão definitiva do consentimento, deve ela ser expressa. Indicadores de uma suposta "ratificação tácita", qual a assunção, pelo Estado, de conduta coerente com os termos do pacto, ou sua invocação contra aquele que o tenha já ratificado, podem encontrar outra justificativa em direito das gentes; além do que não são hábeis para caracterizar ato jurídico de tamanho relevo. Dispensa maior fundamentação a assertiva de que, em direito, tudo quanto é *necessariamente formal* há de ser, no mínimo, expresso. No que é tácito não há formalidade, e esta última, embora dispensável noutros modelos de expressão do consentimento conhecidos em direito das gentes, não o é no caso da ratificação de tratados.

Basicamente, a ratificação se consuma pela comunicação formal à outra parte, ou ao depositário, do ânimo definitivo de ingressar no domínio jurídico do tratado. Nos compromissos bilaterais é usual que o prévio entendimento diplomático — quando não uma cláusula do próprio pacto — programe a simultaneidade da comunicação mútua, acompanhada pela troca dos instrumentos documentais de ratificação. Não é juridicamente impositivo, porém, que ocorra essa simultaneidade, e que se

32. G. E. do Nascimento e Silva, *Conferência de Viena sobre o direito dos tratados*, Brasília, MRE, 1971, p. 67-68.

produza o cerimonial da troca de instrumentos. O Estado A pode antecipar, no que lhe toca, a ratificação do tratado avençado com B, e ficar à espera de que este ratifique também o compromisso, fazendo-lhe a comunicação própria e passando-lhe o respectivo instrumento. Se coletivo o tratado, o depositário receberá formalmente — mas, em geral, sem solenidade — a comunicação expressa no instrumento de cada Estado ratificante.

É certo, entretanto, que a ratificação — mais que tudo uma *comunicação formal* de parte a outra — pode consumar-se independentemente da entrega do instrumento escrito, seja porque esta última formalidade deva sofrer algum retardo, seja porque simplesmente reputada desnecessária pelas partes. O primeiro caso é aquele em que a ratificação é declarada oralmente — num encontro público de chefes de Estado, por exemplo — ou pela via telegráfica, transitando o respectivo instrumento alguns dias mais tarde. O segundo é aquele em que o tratado reclama a confirmação do consentimento, mas não fala em cartas de ratificação, senão em *notas diplomáticas* com que as partes se informem reciprocamente que, atendidos os pressupostos do direito interno de cada uma delas, pode seu governo dar por firme o compromisso. Em casos desta espécie, o não uso do termo *ratificação* é fato inofensivo, visto que configurado, no seu exato perfil jurídico, aquele instituto.

**29. Ratificação: o depositário.** Não seria sensato que, nos tratados coletivos, o Estado devesse promover a ratificação perante cada um dos demais pactuantes. O que sucede nesse caso é o *depósito* do instrumento de ratificação, cuja notícia será dada aos interessados pelo depositário. Este não o é, contudo, apenas dos instrumentos de ratificação. A prática o aponta como depositário *do tratado*. Por haver, cooperativamente, assumido esse encargo de índole secretarial, ele irá receber em depósito, primeiro, os *originais* do próprio pacto. Depois, os instrumentos de *ratificação*. Mais tarde, se for o caso, os instrumentos de *adesão*. Eventual-

mente, as notificações de *denúncia*. Tudo isto para só mencionar o principal, em meio a suas variadas atribuições.

Originalmente — vale dizer, no primeiro século de produção de tratados multilaterais —, o depositário é sempre um Estado, e quase sempre aquele Estado em cujo território teve curso a conferência onde se negociou o compromisso. No primeiro após-guerra, incipiente a era das organizações internacionais, a OIT oferece o exemplo pioneiro da *organização depositária*, no tocante às convenções internacionais do trabalho; e em molde institucionalizado, uma vez que sua própria Constituição dita o procedimento a ser seguido em caráter permanente na conclusão daqueles acordos especiais. O emprego de organização internacional como depositária de tratados só ganha, contudo, dimensões maiores no segundo após-guerra, e à sombra das Nações Unidas.

Modernamente tem-se visto recair a escolha do depositário não sobre certa organização, mas sobre seu funcionário mais graduado — no caso da ONU, o secretário-geral. Por maior comodidade e conveniência política das partes, já não é raro, também, que *diversos* Estados assumam ao mesmo tempo a função de depositário.

**30. Pressupostos constitucionais do consentimento: generalidades.** O tema em que ingressamos é de direito interno. O direito internacional, como ficou visto, oferece exata disciplina à representação exterior dos Estados, valorizando quanto por eles falem certos dignitários, em razão de suas funções. Não versa, porém, aquilo que escapa ao seu domínio, porque inerente ao sistema de poder consagrado no âmbito de toda ordem jurídica soberana. Presume-se, em direito das gentes, que os governantes habilitados, segundo suas regras, à assunção de compromissos internacionais procedem na conformidade da respectiva ordem interna, e só excepcionalmente uma conduta avessa a essa ordem poderia, no plano internacional, comprometer a validade do tratado.

Dado que o consentimento convencional se materializa sempre num ato de governo — a assinatura, a ratificação, a adesão —, parece claro que seus pressupostos, ditados pelo direito interno,

tenham normalmente a forma da consulta ao poder Legislativo. Onde o Executivo depende, para comprometer externamente o Estado, de algo mais que sua própria vontade, isto vem a ser em regra a aprovação parlamentar, configurando exceção o modelo suíço, em que o referendo popular precondiciona a conclusão de certos tratados. O estudo dos pressupostos constitucionais do consentimento é, assim, fundamentalmente, o estudo da partilha do *treaty-making power* entre os dois poderes políticos — Legislativo e Executivo — em determinada ordem jurídica estatal. A análise do caso brasileiro dará melhor proveito se precedida, ainda que de modo sumário, pela consideração de alguns outros sistemas nacionais.

No modelo francês a aprovação parlamentar constitui pressuposto da confirmação de *alguns* tratados que a Constituição menciona. São eles os tratados de paz, os de comércio, os relativos à organização internacional, os que afetam as finanças do Estado, os que modificam disposições legislativas vigentes, os relativos ao estado das pessoas, e os que implicam cessão, permuta ou anexação de território. Cuida-se, pois, de um sistema inspirado na ideia do controle parlamentar dos tratados de maior importância, à luz do critério seletivo que o próprio constituinte assumiu. Não há, assim, sob o aspecto qualitativo, diferença entre o modelo francês — herdado pela Constituição de 1958 às linhas gerais de suas predecessoras de 1946 e de 1875 — e o que prevaleceu no Império do Brasil, sob a Constituição de 25 de março de 1824. Separa-os um fator puramente quantitativo, já que neste último caso a aprovação da Assembleia Geral impunha-se apenas quando o tratado envolvesse cessão ou troca de território imperial "ou de possessões a que o Império tenha direito", e desde que celebrado em tempo de paz.

A originalidade do modelo britânico, construído sob o pálio de uma constituição costumeira, está no modo de enfocar a matéria. Ali também alguns tratados não dispensam a aprovação parlamentar. Não se pretende, contudo, que seja este um requisito de validade da ação exterior do governo, mas um elemento necessário à implementação do pacto no domínio espacial da ordem jurídica britânica. O governo é livre para levar a negociação de tratados até a fase última da expressão do consentimento definitivo, mas não deve deslembrar-se da sua inabilidade constitucional para alterar as leis vigentes no reino, ou para, de qualquer modo, onerar seus súditos ou reduzir-lhes os direitos, sem que um *ato do parlamento* para isso concorra. Este, pois, o toque peculiar ao modelo britânico. O mais simples e estereotipado pacto bilateral de extradição reclama, para ser eficaz, o ato parlamentar

convalidante, porque não se concebe que uma pessoa, vivendo no real território, seja turbada em sua paz doméstica, e mandada à força para o exterior, à base de um compromisso estritamente governamental. Concebe-se, porém, que tratados da mais transcendente importância política sejam concluídos pela exclusiva autoridade do governo, desde que este possa executá-los sem onerar os contribuintes nem molestar, de algum modo, os cidadãos. À margem da colaboração do parlamento pode o governo britânico, assim, adquirir território mediante compromisso político; e só não pode *ceder* território em face da presunção de que, com esse gesto, estará destituindo da proteção real os súditos ali instalados[33].

A Constituição americana de 1787 garantiu ao presidente dos Estados Unidos o poder de celebrar tratados, com o consentimento do Senado, expresso pela voz de dois terços dos senadores presentes. Bem cedo, porém, uma interpretação restritiva da palavra inglesa *treaties* fez com que se entendesse que nem todos os compromissos internacionais possuem aquela qualidade. Além dos tratados, somente possíveis com o abono senatorial, entendeu-se que negociações internacionais podiam conduzir a acordos ou ajustes, os ali chamados *agreements*, para cuja conclusão parecia razoável que o presidente dispensasse o assentimento parlamentar. A prática dos *acordos executivos* começa no governo de George Washington, e ao cabo de dois séculos ostenta impressionante dimensão quantitativa. A Corte Suprema norte-americana, levada por mais de uma vez ao exame da sanidade constitucional desses acordos, entendeu de convalidá-los.

**31. Pressupostos constitucionais do consentimento: o sistema brasileiro.** Mais de um século depois de lavrada a Constituição dos Estados Unidos, e consciente de todos os seus dispositivos e da respectiva experimentação centenária, entendeu o constituinte brasileiro da primeira República de dispor que cabe ao Congresso "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras", competindo ao presidente da República "celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso".

---

33. Ninguém, entretanto, há de iludir-se imaginando que no sistema parlamentar britânico o governo goza de maior autonomia real que numa república presidencialista. Vale sempre lembrar a prerrogativa que tem o congresso, nos países parlamentaristas, de simplesmente derrubar o governo a qualquer momento, quando este, mesmo agindo dentro das regras constitucionais, procede de modo politicamente desastrado aos olhos da maioria parlamentar.

A redundância terminológica — ajustes, convenções, tratados —, alvo constante da crítica doutrinária, persiste até hoje na lei fundamental brasileira, com um mínimo de variedade. Ali viu Carlos Maximiliano a intenção de compreender, pela superabundância nominal, todas as formas possíveis de comprometimento exterior[34]. O estudo da gênese das constituições brasileiras a partir da fundação da República não permite dúvida a respeito da correção dessa tese. Os grandes comentaristas da Constituição da primeira República — entre eles, destacadamente, João Barbalho e Clóvis Beviláqua[35] — sustentaram a inviabilidade do comprometimento externo por obra exclusiva do governo, em qualquer caso. Não obstante, a história diplomática do Brasil sempre ofereceu exemplos de ação isolada do Executivo, em afronta aparente ao texto constitucional. A defesa de semelhante atitude ganhou vulto sob a Constituição de 1946, e teve em Hildebrando Accioly seu mais destacado patrocinador.

**32. O problema dos "acordos executivos".** A Constituição brasileira de 1988 diz ser da competência exclusiva do Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional", sendo que ao Presidente incumbe "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional"[36]. A carta não inova por mencionar *encargos* &c: não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários. A prática recente, alcançando até os primeiros anos do novo século, prova que o governo e o parlamento brasileiros assim entendem: até mesmo tratados bilaterais para a mera dispensa de vistos em passaportes têm sido regularmente submetidos à aprovação do Congresso. A carta preservou, ademais, a redundância terminológica, evitando qualquer dúvida sobre o propósito abrangente do constituinte. Uma exegese constitucional inspirada na experiência norte-americana — e em quanto ali se promo-

34. Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição brasileira de 1946*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1948, v. 2, p. 238.

35. *V.*, no volume II de *Pareceres* (1913-1934), diversos pronunciamentos de Clóvis Beviláqua, na qualidade de consultor jurídico do Itamaraty.

36. Arts. 49, I, e 84, VIII, respectivamente.

veu a partir da compreensão restritiva do termo *treaties* —, se não de todo inglória no Brasil republicano do passado, tornou-se contemporaneamente impensável. Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, em seu tempo, uma prática estabelecida *extra legem*, é provável que tal prática, na amplitude com que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*.

Muitas vezes se viu tratar a prática dos acordos executivos como uma imperiosa necessidade estatal, a ser escorada a todo preço pela doutrina. Os argumentos metajurídicos que serviram de apoio a essa tese enfatizavam a velocidade com que se passam as coisas na política internacional contemporânea, diziam da importância das decisões rápidas, enalteciam o dinamismo e a vocação simplificadora dos governos, deplorando, por contraste, a lentidão e a obstrutiva complexidade dos trabalhos parlamentares. Não se sabe o que mais repudiar nesse repetido discurso, se o que tem de frívolo ou o que tem de falso. O suposto ritmo trepidante do labor convencional nas relações internacionais contemporâneas seria fator idôneo à tentativa de inspirar o constituinte, nunca à pretensão de desafiá-lo. Por outro lado é inexata e arbitrária a assertiva de que os parlamentos, em geral, quando dotados de competência para resolver sobre tratados, tomem nisso maior tempo regular que aquele despendido pelos governos — também em geral — para formar suas próprias decisões definitivas a respeito, mesmo que não considerado o período de negociação, em que agentes destes — e não daqueles — já conviviam com a matéria em processo formativo. Toda pesquisa por amostragem permitirá, neste país, e não apenas nele, concluir que a demora eventual do Legislativo na aprovação de um tratado é companheira inseparável da indiferença do próprio Executivo em relação ao andamento do processo; e que o empenho real do governo pela celeridade, ou a importância da matéria, tendem a conduzir o parlamento a prodígios de expediência.

Juristas da consistência de Hildebrando Accioly e de João Hermes Pereira de Araújo não fundaram, naturalmente, seu pensamento em considerações do gênero acima referido. Nem se pode dizer que tenham tomado por arma, na defesa da prática dos acordos executivos, o entendimento restritivo da fórmula "tratados e convenções", num exercício hermenêutico à americana. O grande argumento de que se valeram, na realidade, foi o do *costume constitucional* que se teria desenvolvido entre nós, temperando a fria letra da lei maior. Parece, entretanto, que a gênese de normas constitucionais costumeiras numa ordem jurídica encabeçada por Constituição escrita — e não exatamente sumária ou concisa — pressupõe o silêncio, ou, no mínimo, a ambiguidade do diploma fundamental. Assim, a carta se

omite de abordar o desfazimento, por denúncia, de compromissos internacionais, e de partilhar, a propósito, a competência dos poderes políticos. Permite assim que um costume constitucional preencha — com muita nitidez, desde 1926 — o espaço normativo vazio. Tal não é o caso no que tange à determinação do poder convencional, de cujo exercício a carta, expressa e quase que insistentemente, não quer ver excluído o poder Legislativo. Não se pode compreender, portanto, sob risco de fazer ruir toda a lógica jurídica, a formação idônea de um costume constitucional *contra a letra da Constituição*.

**33. Acordos executivos possíveis no Brasil.** Apesar de tudo, o acordo executivo — se assim chamamos todo tratado internacional carente da aprovação individualizada do Congresso — é uma prática convalidável, desde que, abandonada a ideia tortuosa de que o governo pode pactuar sozinho sobre “assuntos de sua competência privativa”, busque-se encontrar na lei fundamental sua sustentação jurídica. *Três* categorias de acordos executivos — mencionadas, de resto, por Accioly, ao lado de outras mais — parecem compatíveis com o preceito constitucional: os acordos “que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente”, os “que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento”, e os de *modus vivendi*, “quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras”[37]. Os primeiros, bem como estes últimos, inscrevem-se no domínio da diplomacia ordinária, que se pode apoiar em norma constitucional não menos específica que aquela referente à celebração de tratados. Os intermediários se devem entender, sem qualquer acrobacia hermenêutica, cobertos por prévio assentimento do Congresso Nacional. Isto demanda, porém, explicações maiores.

*a) O acordo executivo como subproduto de tratado vigente.* Neste caso a aprovação congressional reclamada pela carta sofre

37. H. Accioly, *BSBDI* (1948), v. 7, p. 8.

no tempo um deslocamento antecipativo, sempre que ao aprovar certo tratado, com todas as normas que nele se exprimem, abona o Congresso desde logo os acordos de especificação, de detalhamento, de suplementação, previstos no texto e deixados a cargo dos governos pactuantes.

*b) O acordo executivo como expressão de diplomacia ordinária.* É da competência privativa do presidente da República manter relações com os Estados estrangeiros. Nesta norma, que é da tradição constitucional brasileira, e que a carta de 1988 preserva, tem sede a titularidade, pelo governo, de toda a dinâmica das relações internacionais: incumbe-lhe estabelecer e romper a seu critério relações diplomáticas, decidir sobre o intercâmbio consular, sobre a política de maior aproximação ou reserva a ser desenvolvida em face de determinado bloco, sobre a atuação de nossos representantes no seio das organizações internacionais, sobre a formulação, a aceitação e a recusa de convites para entendimentos bilaterais ou multilaterais tendentes à preparação de tratados. Enquanto não se cuide de incorporar ao direito interno um texto produzido mediante acordo com potências estrangeiras, a autossuficiência do poder Executivo é praticamente absoluta.

É também nessa norma que parece repousar a autoridade do governo para a conclusão de compromissos internacionais terminantemente circunscritos na *rotina diplomática*, no relacionamento ordinário com as nações estrangeiras. Seria rigoroso demais sustentar que a opção pelo procedimento convencional desloca o governo do âmbito das relações ordinárias com o exterior, lançando-o no domínio da regra específica, e obrigando-o à consulta parlamentar. Dir-se-ia então que, livre para decidir unilateralmente sobre qual a melhor interpretação de certo dispositivo ambíguo de um tratado em vigor, ou sobre como mandar proceder em zona de fronteira enquanto não terminam as negociações demarcatórias da linha limítrofe em causa, ou sobre a cumulatividade de nossa representação diplomática em duas nações distantes, ou ainda sobre quantos escritórios consulares poderão ser abertos no Brasil por tal país amigo, o governo decairia dessa discrição, passando a depender do abono congressional, quando entendesse de regular qualquer daqueles temas mediante acordo com Estado estrangeiro. Razoável apesar de rigorosa, essa tese

não é, contudo, a melhor. Acordos como o *modus vivendi* e o *pactum de contrahendo* nada mais são, em regra, que exercício diplomático preparatório de outro acordo, este sim substantivo, e destinado à análise do Congresso. Acordos interpretativos, a seu turno, não representam outra coisa que o desempenho do dever diplomático de entender adequadamente — para melhor aplicar — um tratado concluído mediante endosso do parlamento.

Entretanto, na identificação dos acordos executivos inerentes à diplomacia ordinária, e por isso legitimáveis à luz da lei fundamental, vale buscar dois caracteres indispensáveis: a *reversibilidade* e a preexistência de *cobertura orçamentária*. Esses acordos devem ser, com efeito, desconstituíveis por vontade unilateral, expressa em comunicação à outra parte, sem delongas — ao contrário do que seria normal em caso de denúncia. De outro modo — ou seja, se a retratação unilateral não pudesse operar prontamente — o acordo escaparia às limitações que o conceito de rotina diplomática importa. Por igual motivo, deve a execução desses acordos depender unicamente de recursos orçamentários já alocados às relações exteriores, não de outros.

**34. Procedimento parlamentar.** Concluída a negociação de um tratado, é certo que o presidente da República — que, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, poderia não tê-la jamais iniciado, ou dela não ter feito parte, se coletiva, ou haver ainda, em qualquer caso, interrompido a participação negocial brasileira — está livre para dar curso, ou não, ao processo determinante do consentimento. Ressalvada a situação própria das convenções internacionais do trabalho, ou alguma inusual obrigação imposta pelo próprio tratado em causa, tanto pode o chefe do governo mandar arquivar desde logo o produto a seu ver insatisfatório de uma negociação bilateral ou coletiva, quanto determinar estudos mais aprofundados na área do Executivo, a todo momento; e submeter quando melhor lhe pareça o texto à aprovação do Congresso. Tudo quanto não pode o presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. Este abono, porém, não o obriga à ratificação. Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, assenta sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade singular de qualquer deles é *necessária*, porém não *suficiente*.

A remessa de todo tratado ao Congresso Nacional para que o examine e, se assim julgar conveniente, aprove, faz-se por *mensagem* do presidente da República, acompanhada do inteiro teor do projetado compromisso, e da exposição de motivos que a ele, presidente, terá endereçado o ministro das Relações Exteriores.

A matéria é discutida e votada, separadamente, primeiro na Câmara, depois no Senado. A aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isto vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado em tais circunstâncias.

Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra das casas, pelo menos duas das respectivas comissões: a de relações exteriores e a de constituição e justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de finanças, economia, indústria e comércio, defesa nacional, minas e energia. A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças — a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores —, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. O sistema difere, pois, do norte-americano, em que apenas o Senado deve aprovar tratados internacionais, exigindo-se naquela casa o *quorum* comum de presenças, mas sendo necessário que dois terços dos presentes profiram voto afirmativo. Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional.

O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um *decreto legislativo*, promulgado pelo presidente do Senado, que o faz publicar no Diário Oficial da União.

O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Não se produz esse diploma quando o Congresso rejeita o tratado, caso em que cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao presidente da República. Exemplos de desaprovação foram muito raros na história constitucional do Brasil, e entre eles destaca-se o episódio do tratado argentino-brasileiro de 25 de janeiro de 1890, sobre a fronteira das Missões, rejeitado pelo plenário do Congresso em 18 de agosto de 1891, por cento e quarenta e dois votos contra cinco.

Um único decreto legislativo pode aprovar dois ou mais tratados. Todavia, novo decreto legislativo deve aprovar tratado que antes, sob esta mesma forma, haja merecido o abono do Congresso, mas que, depois da ratificação, tenha sido um dia *denunciado* pelo governo. Extinta a obrigação internacional pela denúncia, cogita--se agora de assumir novo compromisso, embora de igual teor, e nada justifica a ideia de que o governo possa fazê-lo por si mesmo.

A aprovação parlamentar é retratável? Pode o Congresso Nacional, por decreto legislativo, revogar o igual diploma com que tenha antes abonado certo compromisso internacional? Se o tratado já foi ratificado — ou seja, se o consentimento definitivo desta república já se exprimiu no plano internacional —, é evidente que não. Caso contrário, seria difícil fundamentar a tese da impossibilidade jurídica de tal gesto. Temos, de resto, um precedente: o Decreto legislativo n. 20, de 15 de dezembro de 1962, que revogou o de n. 13, de 6 de outubro de 1959.

**35. Reservas.** A reserva é um qualificativo do consentimento. Define-a a Convenção de Viena como a declaração unilateral do Estado que consente, visando a "excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em relação a esse Estado"[38]. Esse conceito reclama as observações seguintes.

a) A reserva pode qualificar tanto o consentimento prenunciativo, à hora da assinatura dependente de confirmação, quanto o definitivo, expresso por meio de ratificação ou adesão. No primeiro caso, argumenta-se que a reserva será conhecida dos demais negociadores antes que resolvam sobre sua própria ratificação, eliminado o fator surpresa. Como quer que seja, ficará visto que aos demais pactuantes abre-se a possibilidade de objetar à reserva, ainda que formulada por Estado retardatário na sua ratificação ou adesão.

b) A reserva é fenômeno incidente sobre os tratados coletivos, ao término de cuja negociação nem todos os Estados partícipes terão apreciado positivamente cada uma das normas que compõem o texto. Ela é maneira de tornar possível que, entendendo inaceitável apenas parte — em geral mínima, ou, quando

38. Art. 2º, § 1, *d*.

menos, limitada — do compromisso, possa o Estado, não obstante, ingressar em seu domínio jurídico. As reservas são o corolário das naturais insatisfações que, ao término da negociação coletiva em conferência, ter-se-ão produzido, em relação a aspectos vários do compromisso, numa parte mais ou menos expressiva da comunidade estatal ali reunida. Não se compreende, desse modo, a reserva a tratado bilateral, onde cada tópico reclama o perfeito consenso de ambas as partes, sem o que a negociação não chega a termo. Assim, como observou Rivier, uma pretensa reserva a tratado bilateral não é reserva, mas recusa de confirmar o texto acertado e convite à renegociação[39].

Um tratado de amizade, comércio e navegação foi firmado por Brasil e China em 5 de setembro de 1880, após o que o governo imperial pretendeu qualificar sua ratificação com algumas reservas modificativas. O resultado foi dar-se por frustrado esse pacto, negociando-se outro, em Tientsin, afinal firmado em 3 de outubro de 1881, trocando-se instrumentos de ratificação em Xangai, em 3 de junho de 1882[40].

Mesmo entre os tratados multilaterais, alguns há que parecem não comportar reservas por sua própria natureza, e independentemente de cláusula proibitiva. É o caso dos pactos institucionais e das convenções internacionais do trabalho. Em janeiro de 1952 a Assembleia Geral da ONU adotou resolução exortando todos os Estados a que, no preparo de tratados coletivos, disciplinassem o tema das reservas, proibindo-as, facultando-as, ou fixando a exata distinção entre dispositivos passíveis e impassíveis de sofrer reserva, no contexto convencional. São minoritários, desde então, os tratados multilaterais que nada dizem sobre reservas a seu próprio teor, criando assim para as partes um inevitável embaraço. Entre estes figura, o que é sur-

39. Cf. *Rousseau*, p. 50-51.
40. *Oliveira*, II, p. 108.

preendente, a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. Em regra, o pacto coletivo diz algo sobre reservas. Proíbe-as, pura e simplesmente. Ou as admite a certa parte do texto, e não a outra. No silêncio do texto, vale a disciplina estabelecida pela Convenção de Viena[41]: a reserva é possível, desde que compatível com o objeto e a finalidade do tratado.

A responsabilidade pela negociação torna o Executivo, e ele somente, hábil para opor reservas quando da assinatura de um pacto coletivo. Opondo-as, e dependendo de aprovação congressional para consentir em definitivo, ele submeterá ao parlamento o tratado sem deixar de registrar as reservas formuladas, que deseja manter à hora da ratificação. Cuida-se de saber se se podem aditar ressalvas no âmbito do Legislativo, formulando-as, quando o governo delas não tenha cogitado em absoluto, ou somando restrições novas àquelas já pretendidas por este. Do ponto de vista jurídico, tal problema se confunde com o de saber se pode o parlamento aprovar certo tratado *suprimindo* as reservas desejadas pelo governo. Tudo, porém, no pressuposto de que o tratado em questão admite reservas, ou pelo menos não as proíbe. Atento aos limites acaso estabelecidos no tratado que examina, tem o Congresso Nacional o poder de aprová-lo com *restrições* — que o governo, à hora de ratificar, traduzirá em *reservas* —, como ainda o de aprová-lo com declaração de desabono às reservas acaso feitas na assinatura — e que não poderão ser confirmadas, desse modo, na ratificação. Nada há que fundamente, com poder jurídico de convencimento, a tese de que a aprovação só se concebe em termos integrais. Bem o explicou Haroldo Valladão, como consultor jurídico do Itamaraty, em parecer de 2 de abril de 1962[42]. Accioly, por seu turno, viu como legítima a recomendação do abandono de certa reserva que o

---

41. Art. 19, *c*.
42. *BSBDI* (1962), v. 35-36, p. 53-64.

governo fizera ao assinar certo pacto multilateral, expressa pelo Congresso no decreto legislativo aprobatório[43].

Se o tratado disciplina a questão das reservas no que lhe diz respeito, a nenhuma que seja formulada nos termos dessa disciplina pode outro Estado pactuante, em regra, responder com objeção ou com assentimento. O problema só aflora no silêncio do texto, quando o autor da reserva, crendo-a, naturalmente, legítima — porque *compatível* com a finalidade e objeto do tratado — vê objetar a seu gesto outro Estado, que entende o contrário. Neste caso, ao autor da objeção incumbe esclarecer se considera o tratado, como um todo, vigente entre si e o autor da reserva, ou não. Em caso afirmativo, estatui a Convenção de Viena que somente a norma objeto da reserva não se aplica nas relações entre ambos.

Por quebrar a uniformidade absoluta do regime jurídico convencional, a reserva é tradicionalmente entendida como um mal necessário à prevenção de mal maior, que seria a marginalização de Estados diversos nos pactos a cujo texto fizessem restrição tópica, tantas vezes mínima, ou inexpressiva na essência. Assim, a retirada de reservas é gesto não apenas aceito, mas incentivado na cena do direito internacional público. Muitos são os tratados que, facultando reservas, encerram também norma que prevê e facilita sua retirada.

**36. Vícios do consentimento.** Por conveniência didática, aqui cuidamos não só dos fenômenos que, em mais de um ramo do direito, se denominam *vícios do consentimento*, mas também da irregularidade deste quando formalizado em afronta a normas de direito público interno, tocantes à competência para consentir.

*a) Consentimento viciado pela desobediência ao direito público interno.* Este tema não tem que ver com a impostura ou com o abuso ou desvio de autoridade praticado por negociadores,

43. *Accioly*, I, p. 592-593.

nem com qualquer contexto em que se desentendam certo governo e seus agentes, mas com o ilícito praticado *pelo poder Executivo* quando externa, no plano do direito internacional, um consentimento a que não se encontra constitucionalmente habilitado. Convém recordar, de início, que raras são as hipóteses de irregularidade flagrante. Quando um governo se entende autorizado a pactuar sem consulta ao respectivo parlamento, terá em seu prol no mínimo um acervo de precedentes ou algum apoio doutrinário, afora o caso em que espere recolher simplesmente o benefício da dúvida. Se incontroversa, porém, sua incompetência para o ato internacional já consumado, e se fluente da lei fundamental a disciplina da matéria, dificilmente o princípio *pacta sunt servanda* servirá para fazer convalidar, na ordem interna, semelhante afronta ao primado da constituição.

Poucas luzes oferece a respeito a jurisprudência brasileira. Não há notícia de que se tenha diretamente arguido no Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de tratado à conta da falta de aprovação parlamentar. Por falta de legitimidade ativa, o Supremo não pôde conhecer de um mandado de segurança impetrado em 2002 por alguns parlamentares que denunciavam a não submissão ao Congresso de um acordo entre o Brasil e os Estados Unidos da América sobre o uso da base de lançamento de foguetes de Alcântara (MS 23.914). Entretanto, por mais de uma vez aquela corte, ao garantir no âmbito espacial desta soberania a fiel aplicação de tratados internacionais, deixou claro que, aprovados pelo Congresso, e depois promulgados, integram-se eles na ordem jurídica local[44].

A Convenção de Viena consagra a essa questão o seu art. 46:

"*Disposições de direito interno sobre competência para concluir tratados*. 1. Um Estado não poderá invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação será manifesta caso seja objetivamente evidente, para qualquer Estado que proceder, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé".

---

44. RE 71.154 (*RTJ* 58/70), entre outros.

Regra de *importância fundamental* é, em princípio, a que se exprime na lei maior de todo Estado que possua constituição escrita. Em parte alguma se pretenderá atribuir importância desse nível a regras — expressas em leis ordinárias, resoluções, ou o que mais seja — pertinentes ao estrito procedimento, como as que têm a ver, por exemplo, com prazos ou turnos de votação parlamentar. Entende-se manifesta, por outro lado, a violação dessa regra eminente, quando perceptível ao copactuante que proceda nos termos do uso comum e da ética. Parece claro, no texto de Viena, o propósito de reduzir ao mínimo a invocabilidade internacional da afronta ao direito interno, só deixando que valha tal argumento contra o copactuante, e no sentido de dar por nulo o vínculo, quando o procedimento daquele faça duvidar, em certa medida, de seu conhecimento rudimentar da prática corrente, ou de sua boa-fé.

*b) Erro, dolo, corrupção e coação sobre o negociador.* O erro é a hipótese menos rara na prática. Cuida-se, é óbvio, do *erro de fato*. O *erro de direito*, que não socorre o indivíduo em direito interno, menos valeria, como ensina Rousseau, aos Estados, presumidamente habilitados a avaliar as consequências jurídicas de seus próprios atos. E o erro de maior incidência tem dito respeito a questões cartográficas em tratados de limites. A coação sobre o negociador é algo de que o passado oferece exemplos surpreendentes, à vista da estatura hierárquica da vítima: o Papa Pascoal II, a quem Henrique V do Sacro Império manteve preso por dois meses para forçar a conclusão de uma concordata, em 1111; e Francisco I de França, cativo de Carlos V em Madri até que pactuasse, em 14 de junho de 1526, cedendo a Borgonha à coroa hispânica.

A Convenção de Viena procura distinguir o *nulo* do simplesmente *anulável*, embora sua linguagem seja por vezes ambígua. Ela dá aos vícios do consentimento uma disciplina onde se vê que a coação sobre o negociador merece tratamento mais severo que o dolo e a própria corrupção, estes dois fenômenos abrindo — como o erro — a possibilidade de arguição pelo Estado prejudicado, enquanto, no caso do primeiro, o texto induz a ideia da nulidade *pleno jure*.

*c) Coação sobre o Estado.* Tal como a coação sobre o negociador, a que se exerce sobre a pessoa jurídica de direito in-

ternacional importa nulidade absoluta, nos termos do art. 52 da Convenção de Viena:

"*Coação de um Estado pela ameaça ou emprego da força.* É nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de direito internacional incorporados na Carta das Nações Unidas".

Mediante coação sobre o Estado celebraram-se, entre outros pactos: os de 1773 e de 1793 (Áustria-Polônia-Prússia-Rússia), sobre a partilha do território polonês, ratificados mediante ocupação militar de Varsóvia e violência contra o parlamento; o de 16 de setembro de 1915 (EUA-Haiti), sobre o controle financeiro do Haiti pelos Estados Unidos, firmado também num quadro de ocupação militar; o de março de 1939 (Alemanha-Tchecoslováquia), submetendo a segunda à soberania da primeira, firmado mediante ameaça do bombardeio de Praga. Toda a doutrina de expressão alemã — incluindo Verdross e Meurer — entendeu nulo o Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, imposto à Alemanha pelos vencedores da primeira grande guerra. Entretanto, a crítica que se pode fazer ao chamado "ditado de Versalhes" é endereçável, por igual fundamento, à generalidade dos tratados de paz. O cenário pressuposto por semelhantes pactos é o da mesa em que, finda a guerra, defrontam-se vencedores e vencidos, não havendo como encontrar nestes últimos a liberdade convencional de que dispõem os primeiros.

É certo, porém, que a negação da validade dos tratados de paz poderia conduzir, por progressiva analogia, também ao repúdio dos "tratados desiguais", assim chamados — sobretudo pela extinta escola soviética — os que se firmam entre Estados de tal maneira distantes na escala do poder, que um deles deveria presumir-se inerme, abúlico e dependente em face do outro. Mas este caminho nos conduziria, se nele coerentemente prosseguíssemos, ao descrédito de um número inavaliável de tratados do passado e do presente. Nas relações internacionais — como, de resto, nas relações humanas — todo interesse conducente ao ato convencional

é fruto de uma necessidade, e, em última análise, de alguma forma de pressão. O penoso quadro característico da negociação dos tratados de paz é uma consequência inevitável da guerra, e se a ordenação jurídica da sociedade internacional não conseguiu ainda evitar esta, não há como prevenir seus efeitos negativos sobre o ideal do livre consentimento. O que, pois, resulta nulificado pelo dispositivo de Viena é o pacto obtido por ameaça ou emprego de força, e não mais que isto.

## Seção V — ENTRADA EM VIGOR

**37. Sistemas.** A vigência do tratado pode ser contemporânea do consentimento: neste caso, o tratado passa a atuar como *norma jurídica* no exato momento em que ele se perfaz como *ato jurídico* convencional. É mais comum, entretanto, que sua vigência seja diferida por razões de ordem operacional. Já neste caso o ato jurídico se consuma e algum tempo transcorre antes que a norma jurídica comece a valer entre as partes, tal qual sucede na chamada *vacatio legis*.

*a) Vigência contemporânea do consentimento.* Na troca de notas, entendida como método negocial, é corrente que sejam simultâneos o término da negociação, o consentimento definitivo e a entrada em vigor. O mesmo costuma dar-se nos tratados bilaterais que, embora lavrados em instrumento único, são concluídos "executivamente", sem a intervenção formal do chefe do Estado. Independentemente da questão de saber se haverá ou não consulta ao parlamento, muitos são os tratados em que, terminada a negociação, e dado à assinatura apenas o efeito autenticatório do texto, passa-se a aguardar o consentimento definitivo das partes, ficando, porém, estabelecido que, sobrevindo este, a vigência do tratado será imediata. Não há, em tais casos, previsão de *vacatio*. O consentimento, por sua vez, tomará a forma da ratificação ou de qualquer variante desta, como a mútua notificação ou aviso.

A desigualdade entre os requisitos e circunstâncias tocantes à determinação do consentimento de uma e outra das partes faz com que muitas vezes uma delas

exteriorize, já quando da assinatura, sua vontade definitiva, devendo perfazer-se o vínculo convencional quando *a outra* dê sua palavra confirmatória, e vigendo desde esse momento o tratado. Esse quadro é particularmente comum nos pactos entre Estado e organização internacional.

Nos tratados coletivos, raramente a entrada em vigor é contemporânea da consumação do vínculo. Há exemplos, contudo, e sempre encontráveis no domínio dos chamados tratados *multilaterais restritos* — aqueles em que limitado o número de pactuantes, e fixado em sua unanimidade o *quorum* de entrada em vigor.

*b) Vigência diferida.* Nestes outros casos, perfeito que se encontre o vínculo convencional pelo consentimento de ambas as partes — ou de quantas componham o *quorum* previsto, nos pactos multilaterais —, certo prazo de acomodação flui antes da entrada em vigor. A *vacatio* representa real utilidade: ela permite que o tratado — mediante promulgação ou ato análogo — seja dado a conhecer no interior das nações pactuantes, e possa viger, também internamente, no exato momento em que começa sua vigência internacional. Quando isto não ocorre, há sempre um período, mais ou menos longo, em que, obrigando já no plano do direito das gentes, o tratado é ainda desconhecido pela ordem jurídica — e assim por administradores e juízes, e pelas pessoas em geral — de um ou mais Estados contratantes. Há em tal contexto ambiguidade e, sobretudo, risco, quando o tratado seja daqueles invocáveis, *ratione materiae*, nas relações jurídicas entre particulares, ou entre estes e o próprio Estado. Não é ocioso, pois, o fluxo do prazo de acomodação, surpreendendo o fato de que tantas e tantas vezes não se lhe dê o uso para o qual foi concebido na prática internacional.

Esse prazo costuma ser de trinta dias, mas às vezes é acentuadamente mais longo — como na Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar (1982), onde foi fixado em doze meses.

**38. Registro e publicidade.** A história diplomática do Império do Brasil, como a das demais nações na época, é permeada por

*cláusulas secretas* no acervo convencional, quando não por tratados secretos na sua inteireza. Com a era das organizações internacionais sobrevém, em 1919, a proibição desse gênero de diplomacia. Mandava o Pacto da Sociedade das Nações que todo compromisso internacional que um Estado-membro viesse a concluir fosse por ele imediatamente registrado na secretaria da organização, que o faria publicar. E acrescentava: “Nenhum desses tratados ou compromissos internacionais será obrigatório antes de ter sido registrado”[45].

Mais que a abolição da diplomacia secreta, o sistema de registro e publicidade inaugurado pela Sociedade das Nações trazia consigo o mérito de dar a expressão escrita do direito das gentes ao conhecimento geral, como sucede com o acervo legislativo de todo Estado. Pretendia-se, pois, que o direito internacional escrito passasse a ser tão acessível — a qualquer interessado — quanto as leis nacionais. Desse modo, tratados de comércio ou de aliança militar entre os Estados X e Y não seriam menos conhecidos do governo de W, ou dos pesquisadores universitários de Z, que dos próprios pactuantes. Sobre os tratados recairia, com o tempo, a presunção de notoriedade que, numa ordem jurídica estatal, vale para todo texto legislativo.

*a) O sistema da Sociedade das Nações.* A obrigação de registrar pesava sobre todo Estado membro da SDN, ainda quando pactuasse com Estados estranhos à organização. A Secretaria aceitou, não obstante, o registro proposto em casos avulsos por Estados não membros, como a Alemanha e os Estados Unidos da América. Pouquíssimos tratados bilaterais tendo como parte uma organização internacional figuram na coleção da SDN. Mesmo os acordos de sede entre a Sociedade e a Confederação Suíça, e entre a Corte Permanente de Justiça Internacional e os Países Baixos, não fizeram objeto de registro e, por isso, não foram publicados na coleção.

---

45. Pacto da Sociedade das Nações (28 de abril de 1919), art. 18.

Compreendendo os vinte e cinco anos de sua existência legal, a Sociedade das Nações publicou duzentos e cinco volumes, com um total de quatro mil, oitocentos e trinta e quatro tratados da mais variada dimensão e natureza.

O art. 18 do Pacto da SDN não pretendeu alcançar senão os tratados que se concluíssem a partir de quando fundada a Sociedade. A omissão, no dizer do mesmo artigo, tornava *não obrigatório* o compromisso. Essa linguagem causou algum debate, afastando-se porém, desde logo, a ideia da nulidade do compromisso: era inconcebível o sacrifício da norma *pacta sunt servanda* como instrumento de sanção da inobservância de regra menor. Prevaleceu em doutrina, e na escassa jurisprudência pertinente, a tese da *inoponibilidade relativa* do tratado não registrado: seria ele válido entre as partes, além de objetivamente sadio no que concerne a terceiros em geral, ou perante órgãos de arbitragem e outros foros. Não poderia, contudo, ser invocado ante os órgãos da SDN ou ante a Corte da Haia.

*b) O sistema das Nações Unidas.* Quanto à consequência da omissão de registro, a Carta da ONU viria a ser mais explícita que o Pacto de sua antecessora. Dispõe o art. 102 do texto de São Francisco:

"1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pela Secretaria. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1 deste artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas".

A exemplo do secretário-geral da SDN, o das Nações Unidas se abstém de todo desempenho censório, observando, não obstante, o regulamento do art. 102, adotado pela Assembleia Geral em 1946 e emendado em ocasiões ulteriores. Esse regulamento, que amplia com desenvoltura a dimensão normativa do artigo em

causa, estatui o registro *ex officio* — pelo secretário-geral — do tratado em que a ONU ou qualquer de suas instituições especializadas figure como parte ou como depositário. Diz também que a obrigação de registrar desaparece para as demais partes quando o tenha feito uma delas; e veda o registro antecipado de todo compromisso que não haja ainda entrado em vigor.

Ao final de 2004 a coletânea das Nações Unidas ultrapassa 2.100 volumes e o número de tratados ali publicados chega perto de 50.000. Sobrevive de todo modo no espírito dos estudiosos a dúvida quanto à real abolição da diplomacia secreta, quanto ao êxito da intenção que conduziu originalmente os redatores do Pacto da Sociedade das Nações, em 1919, a inovar o direito das gentes com a disciplina do registro e da publicidade. É certo que não são poucos os casos contemporâneos de omissão de registro: devem-se eles, porém, não à burla do dispositivo em exame, mas à pretendida insignificância — muitas vezes à natureza ancilar — de bom número de avenças internacionais, no juízo dos Estados pactuantes.

É possível que ainda neste momento concluam-se acordos internacionais secretos, no plano bilateral, e sob o molde "executivo" — já que o envolvimento congressional não parece conviver bem com sigilos antijurídicos. Mas é certíssimo que, em tais casos, a exemplo do que ocorre com o *gentlemen's agreement*, o tratado secreto tem sua operatividade condicionada à permanência dos dignitários celebrantes no poder. E, por óbvio, à honradez que se lhes possa creditar, abstraída a lembrança de que afrontaram, com a tratativa secreta, uma norma de direito internacional expressa e notória, e provavelmente também alguns dispositivos de relevo no direito público interno de cada um.

*c) Registros regionais e especializados.* Com o sistema de registro e publicidade das Nações Unidas, de irrestrita amplitude, coexistem sistemas menores, ora em organizações regionais que pretendem registrar todos os compromissos que envolvem seus membros, ora em organizações especializadas, onde se vê dar a registro determinados acordos, *ratione materiae.*

O Pacto da Liga dos Estados Árabes (1945) determinou o registro na Secretaria da organização, no Cairo, de todos os compromissos — incluindo-se os do passado, desde que ainda vigentes — de seus Estados-membros. A OEA mantém

um perfeito sistema de registro e divulgação dos tratados interamericanos, não exigindo, porém, que seus membros tomem qualquer providência em tal sentido. No âmbito dos registros especializados em razão da matéria destacam-se o da OIT, o da OACI e o da AIEA.

**39. Incorporação ao direito interno.** No estágio presente das relações internacionais, é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado à sua revelia. Para todo Estado, o direito das gentes é o acervo normativo que, no plano internacional, tenha feito objeto de seu consentimento, sob qualquer forma. Desse modo, sem prejuízo de sua congênita e inafastável internacionalidade, deve o tratado compor, *desde quando vigente*, a ordem jurídica nacional de cada Estado-parte. Assim poderão cumpri-lo os particulares, se for o caso; ou, nas mais das vezes, os governantes apenas, mas sob ciência e vigilância daqueles, e de seus representantes. Assim poderão garantir-lhe vigência juízes e tribunais, qual fazem em relação aos diplomas normativos de produção interna.

O direito internacional é indiferente ao método eleito pelo Estado para promover a *recepção* da norma convencional por seu ordenamento jurídico. Importa-lhe tão só que o tratado seja, de boa-fé, cumprido pelas partes. Nos Países Baixos, entre 1906 e 1953, ignorava-se conscientemente qualquer prática expressiva do fenômeno da recepção; atitude que, ao gosto dos pensadores monistas, retratava a operatividade da norma internacional por sua própria e originária virtude, sem o intermédio de qualquer diploma interno de incorporação. No Reino Unido nada se faz, até hoje, que corresponda à promulgação — por lei, decreto, ou o que mais seja — dos tratados internacionais.

**40. Promulgação e publicação de tratados no Brasil.** O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe — resulte de produção legislativa internacional ou doméstica — presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumpri-

mento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo Judiciário. Não faz sentido, no Brasil, a ideia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe *base jurídica* apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, assim, jamais reservada ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer assentar a legitimidade de seu procedimento.

No Brasil se *promulgam* por decreto do presidente da República todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional antes da ratificação ou adesão. *Publicam-se* apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe de Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um *decreto*, unicamente porque os atos do chefe de Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale aquele como ato de *publicidade* da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado — cujo texto completo vai em anexo — se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio. A simples publicação no Diário Oficial, autorizada pelo ministro das Relações Exteriores e efetivada pela Divisão de Atos Internacionais do Itamaraty, garante a introdução no ordenamento jurídico nacional dos acordos celebrados no molde "executivo" — sem manifestação tópica do Congresso ou intervenção formal, a qualquer título, do presidente da República.

## Seção VI — O TRATADO EM VIGOR

**41. Efeitos sobre as partes.** Desde o momento próprio — idealmente, aquele em que coincidam a entrada em vigor no plano internacional e idêntico fenômeno nas ordens jurídicas interiores às partes —, o tratado passa a integrar cada uma dessas ordens. Terá ele a estatura hierárquica de uma lei nacional, ou mais que isto, conforme o Estado de que se cuide, qual será visto mais tarde. Importa que se retenha desde logo a noção de que o tra-

tado, embora produzido em foro diverso das fontes legislativas domésticas, não se distingue, enquanto norma jurídica, dos diplomas legais de produção interna. Custa-se a entender, por isso, a tão repetida dúvida sobre produzirem, ou não, os tratados, efeitos sobre os *indivíduos* e sobre as pessoas jurídicas de direito privado. Sua idoneidade, para tanto, não é menor que a das leis internas, tudo se resumindo em buscar no teor de cada um daqueles, como de cada uma destas, o exato perfil de seus destinatários. Uma lei que mande conceder certa vantagem retributiva aos fiscais alfandegários do porto de Santos nenhum efeito produz sobre os indivíduos que se consagram, em Minas Gerais, à agricultura e à pecuária. Um tratado do molde das Convenções de Genebra sobre cheques e títulos de crédito é de ser executado, no dia a dia, pelas pessoas em geral, em pouco ou nada se envolvendo o poder público no domínio de sua execução.

Observa Rousseau que o poder Executivo, responsável que é pelas comunicações exteriores do Estado, e, destacadamente, pelo ato internacional da ratificação — ou por quanto lhe corresponda no sentido de comprometer o país —, tem como primeiro dever, ante a vigência do tratado, cuidar de sua introdução na ordem jurídica local, seja por meio da promulgação, seja mediante simples publicidade[46]. Sem essa medida vestibular — que, sob a ótica internacional, já é parte da fiel execução do pacto —, não chegaria ele ao conhecimento de seus destinatários, trate-se de particulares ou, o que é mais comum, de integrantes do complexo da administração pública. Nem teriam como garantir-lhe vigência os juízes e tribunais. Como no caso dos textos normativos de produção local, também no caso dos tratados o governo é o *executor* por excelência, ou o controlador da execução pelos particulares. O parlamento só excepcionalmente se envolve nesse desempenho executivo[47]. A função do Judiciário, por seu turno, tem feitio próprio: não lhe incumbe executar tratados, senão garantir, ante o caso concreto, que não seja frustrado — pela administração governamental, pelos indivíduos — seu fiel cumprimento.

46. *Rousseau*, p. 57-58.
47. *Rousseau*, p. 59.

**LEITURA**

Parecer do autor sobre matéria em curso no foro brasileiro, em abril de 2008:

"*Cooperação judiciária internacional. Documentos fornecidos pelas autoridades da Confederação Helvética às autoridades brasileiras, após quebra de sigilo bancário, e com expressa referência à 'reserva de especialidade'. Ilicitude do uso de documentos assim obtidos fora do estrito âmbito legitimamente delimitado pelo Estado suíço, e aceito pelo Estado brasileiro. Cooperação que exclui, mesmo no domínio penal, infrações de caráter político ou de caráter fiscal, além de excluir toda espécie de processo civil, em sentido amplo. Correção absoluta do procedimento — no contexto dos fatos em exame — do Ministério da Justiça e do Ministério Público Federal. Exemplaridade do acórdão de 21 de junho de 2006, com que o Tribunal Regional Federal de São Paulo decidiu sobre essa exata questão jurídica, a pedido do próprio Ministério Público, e determinou que se desentranhassem documentos dos autos de processo que, embora penal, não era aquele a que tais peças haviam sido destinadas no quadro da cooperação judiciária Brasil-Suíça.*

*Determinação, naquele acórdão, do alcance da reserva de especialidade. Os compromissos internacionais da República vinculam a todos dentro da ordem jurídica republicana, não apenas ao governo federal — embora seja este o responsável pela dinâmica das relações exteriores. Impropriedade da ideia de que tudo quanto rege a liturgia do Poder Judiciário são as normas internas de processo, e de que o Direito Internacional não faz parte da ordem jurídica.*

[...] O Estado brasileiro, pela voz de seu governo, solicitou ao Estado suíço cooperação jurídica em matéria penal, para que este fornecesse àquele documentos sigilosos, mediante quebra de sigilo bancário de determinadas pessoas físicas de nacionalidade brasileira, e no interesse da Justiça local. A franquia dos documentos por parte da Confederação Helvética deu-se mediante estritas condições, destacadamente a 'reserva de especialidade', devendo o acervo documental ser utilizado para apuração dos delitos referidos de modo expresso no termo de cooperação, que diz respeito exclusivo à matéria penal. A cooperação, intermediada pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional — DRCI, órgão da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça, materializou-se por meio das Notas n. [...] de 2002 e [...] de 2003.

Abstraindo os termos limitativos do escopo da cooperação internacional, o Ministério Público do Estado de São Paulo obteve cópia dos referidos documentos e os juntou como prova em três ações de natureza civil [...], todas em trâmite perante a [...] Vara da Fazenda Pública de São Paulo. Diante da irregularidade desse procedimento, os réus naquelas ações pediram o desentranhamento das peças obtidas da Confederação. O pedido foi negado sob o argumento de que 'toda a documentação obtida por este juízo [...] teve por origem requerimentos próprios, regulares, lícitos e sujeitos ao duplo grau de jurisdição'.

Entretanto o argumento do douto juízo não se confirma, visto que não há nos autos nada que comprove que as informações anexadas foram remetidas diretamente, pelo Estado suíço, ao foro estadual processante, ou a pedido deste. A propósito, o Ministério da Justiça brasileiro por duas vezes alertou o juízo estadual sobre o princípio da especialidade e demais exigências albergadas pela cooperação internacional [...].

A cooperação judiciária internacional dá-se por acordo, ora mediante tratado em sentido estrito, ora mediante troca de notas, entre dois ou mais Estados soberanos, e no justo exercício de sua soberania. Esse ato jurídico internacional perfeito reflete a vontade que têm as nações de cooperar no domínio da repressão penal, nos termos e sob as condições acordadas a cada caso. Na presente espécie, a cooperação judiciária internacional entre o Brasil e a Suíça deu-se mediante troca de notas, em compromisso antecipatório do tratado bilateral que viria a ser assinado mais tarde pelos dois países. Esse tratado, ressalte-se, já foi firmado entre Brasil e Suíça, confirmando todos os termos e condições da cooperação judiciária internacional preexistente.

Na cooperação judiciária negociada mediante troca de notas, tal como naquela que resulta de tratado, não há qualquer imposição ou submissão de um Estado a outro, mas um acordo de vontades, discutido, construído e assinado pelas partes, cujo descumprimento caracteriza ilícito internacional. É certo, desse modo, que os efeitos jurídicos de um compromisso de cooperação internacional são idênticos aos efeitos de um tratado em sentido estrito, não se lhe podendo pretender atribuir menor valor pelo fato de o método negocial ter sido o da troca de notas, por contraste com a metodologia do tratado bilateral. Consta do próprio portal eletrônico do Ministério da Justiça do Brasil que a cooperação judiciária internacional consiste na 'interação entre os Estados, com o objetivo de dar eficácia extraterritorial às medidas processuais de outro Estado'. Sua natureza é, assim, a de um acordo internacional, podendo ser bilateral como no presente caso, ou coletivo.

Esse acordo pode dar-se — e é usual que se dê — por troca de notas de governo em que o proponente solicita auxílio jurídico, com garantia de reciprocidade, e com aceitação das condições impostas pelo país ao qual pediu ajuda. A condição imposta no presente caso foi justamente o respeito à reserva de especialidade, prevista na legislação suíça que dispõe sobre a cooperação internacional. Essa reserva inibe a utilização dos documentos em qualquer ação que não tenha caráter penal e, ainda, na própria ação penal que se revista de algum caráter político, militar ou fiscal. A condição acordada pelas partes não vincula unicamente o governo: vincula a República Federativa do Brasil, e, por consequência, seus três poderes.

[...] Vigente, o compromisso passa a integrar a ordem jurídica brasileira, com a mesma estatura hierárquica da lei interna de âmbito nacional. No Brasil, desde 1977, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 pelo

Supremo Tribunal Federal, ficou assentada a tese da paridade entre o tratado e a lei. Na hipótese de evidente conflito entre normas de uma e outra dessas categorias, a Justiça há de fazer prevalecer a mais recente — embora isto não signifique, quando o sacrifício for do tratado, nem que este se deva entender *revogado* pela lei doméstica (que não tem autoridade para revogar algo envolvente de outras soberanias que não a nossa), nem que possamos evitar as consequências do ilícito internacional que, pelo descumprimento do tratado, o Brasil terá cometido. De todo modo, o princípio da paridade é excepcionado entre nós em matéria tributária, por força do art. 98 do CTN, e no domínio dos direitos e garantias, por força dos parágrafos do artigo 5º da Constituição.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal de longa data tem reconhecido que a hipótese de concorrência entre tratado e lei, ainda que mais recente esta última, resolve-se em favor da aplicação do tratado sempre que este possa representar, ante certo quadro de fato, a *lex specialis*, por contraste com a norma geral estampada na lei interna. Esse preceito pretoriano, fundado em um dos mais elementares princípios da lógica jurídica, vale sempre que o tratado governe nosso procedimento *em relação a determinada soberania ou conjunto de soberanias estrangeiras* com que tenha o Brasil pactuado sobre matéria disciplinada de modo diverso no contexto das normas gerais — e infraconstitucionais — de produção interna. Assim, tendo a estatura de lei federal interna, o compromisso internacional obriga a todos no quadro da ordem jurídica republicana, quaisquer que sejam suas áreas de atuação.

[...] A violação de um compromisso internacional dá direito à outra parte de entendê-lo extinto, ou de suspender também ela seu fiel cumprimento, no todo ou em parte. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) propõe essa disciplina no artigo 60, esclarecendo que por violação substancial deve-se entender tanto o repúdio puro e simples do compromisso quanto a afronta a um dispositivo essencial para a consecução de seu objetivo e finalidade. Se o Estado brasileiro, por qualquer de suas instituições ou órgãos, violasse acordo internacional livremente negociado, fazendo uso desautorizado de documentos que em confiança foram entregues à autoridade brasileira para um propósito bem determinado, não só incorreria em ilícito internacional, criando para a outra parte o direito a uma reparação, como colocaria em risco toda a sua credibilidade perante os demais Estados. Nenhum membro da sociedade internacional se dispõe, com efeito, a manter relações com aquele que celebra acordos, para ver satisfeito seu interesse, e em seguida ignora o que livremente negociou e garantiu. Não há escusa para o ato internacional ilícito. Em particular, não há escusa que se possa fundar na independência harmônica entre os poderes do Estado. As obrigações internacionais pesam sobre todos, não somente sobre o Poder Executivo.

O Ministério Público Federal, em processo similar, juntou documentos fornecidos pelo Estado suíço sob reserva de especialidade, ignorando os termos

avençados na cooperação bilateral. Ao ter ciência do fato, o governo da Confederação notificou o Ministério da Justiça. Em vista disso, para evitar o ilícito e preservar a qualidade da relação bilateral, o Procurador-Geral da República assim se manifestou perante as autoridades suíças:

'[...] Como Vossa Excelência pode verificar em minha carta anterior, o Ministério Público Federal brasileiro partiu da suposição de que o uso dos documentos para provar a remessa de divisas não feria o princípio da especialidade. Infelizmente não nos era claro que nossa interpretação não se adequava à sistemática legal suíça. Fazemos, todavia, questão de manter a cooperação com as autoridades suíças sem qualquer atrito e, por isso, lamentamos profundamente o mal-entendido. Iremos, por consequência, trabalhar pela desconsideração desses documentos no processo judicial'.

A toda evidência o Estado brasileiro não quer incidir em ilícitos ou trair o combinado com o Estado suíço. Não pode prevalecer, portanto, a recusa do douto juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo a dar cumprimento ao acordo internacional. Vale lembrar que o ilícito em que o Estado incorra pela ação de seu Poder Judiciário, resultante do desprezo da norma expressa no compromisso internacional, implica denegação de justiça e põe em causa a responsabilidade do Estado.

A questão não é nova ante o Judiciário pátrio. Demanda virtualmente idêntica já foi objeto de apreciação pela Justiça federal, no julgamento do Mandado de Segurança n. [...], que tramitou perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Ali, o próprio Ministério Público pleiteou mandado de segurança para que se desentranhassem, dos autos da ação penal n. [...], documentos obtidos por meio da cooperação internacional entre o Brasil e a Suíça, sob a cláusula da reserva de especialidade, e que se encontravam por erro nos autos. Os réus na ação penal notificaram o governo suíço do descumprimento da cláusula de especialidade. O governo suíço pediu explicações ao governo brasileiro, que disse haver interpretado de forma errônea as cláusulas da cooperação internacional, asseverando, contudo, que não pretendia de forma alguma incorrer em ilícito ou desgastar suas relações com a Suíça, e comprometendo-se a 'trabalhar pela desconsideração desses documentos' na ação penal de que se cuidava. O Ministério Publico Federal requereu então o imediato desentranhamento dos documentos acostados à denúncia, e teve seu pedido rechaçado pelo juízo de primeiro grau, sob o argumento de que esse pedido representaria a *desistência da ação*. Diante disso, o Ministério Público ajuizou mandado de segurança, distribuído à relatoria da Desembargadora Federal Suzana Camargo, que concedeu a liminar, e afinal a própria segurança — em voto de absoluto rigor científico — quando da prolação do acórdão. No mencionado voto valem destaque as passagens seguintes:

'[...] No caso em tela, o que se tem presente é justamente atos de cooperação judiciária, com base na reciprocidade, uma vez que os documentos foram

obtidos por meio de cooperação internacional com o Estado suíço, mediante pedidos de auxílio jurídico. Referida cooperação jurídica está regida pelo princípio da reciprocidade, o qual determina que o País requerente deverá se submeter às condições impostas pelo País requerido. E, no caso da cooperação ora analisada, temos que a condição imposta foi justamente o respeito à reserva de especialidade, prevista na Lei Federal sobre Cooperação Internacional Suíça, plenamente aplicável ao caso, e que limita, portanto, a utilização dos documentos, em especial, vedando sua utilização em processos de natureza fiscal. [...] E não há como entender de outra maneira, sendo hialina a impossibilidade da utilização de tais documentos na presente ação penal, já que fere condição acordada pelo Estado brasileiro, e que, desta forma, vincula o Poder Judiciário. Isto porque as obrigações internacionais tomadas por um Estado atingem todos que o compõem, não podendo o juiz, ao argumento de não ser órgão da diplomacia, se esquivar de tal ônus'.

Como reconhecido pelo Tribunal Regional Federal de São Paulo, o documento que se tenha obtido por via indireta e sem autorização expressa e prévia do governo suíço para sua utilização em caso específico há de ser desconsiderado e desentranhado dos autos, sob pena de ilícito internacional e do consequente comprometimento da responsabilidade internacional da República perante a Confederação Suíça".

**42. Efeitos sobre terceiros.** Tratados há que, por criarem ou modificarem situações jurídicas objetivas, produzem sobre toda a comunidade internacional o mero efeito da exortação ao reconhecimento. Outros, expressivamente, repercutem sobre terceiros não como normas jurídicas, mas como fatos. Menos comuns são as hipóteses em que o tratado realmente opera como norma sobre terceiros determinados, quer no sentido de conferir-lhes direitos, quer no sentido de obrigá-los.

*a) Efeito difuso: as situações jurídicas objetivas.* Se um acordo de permuta territorial entre os Estados A e B modifica o curso da linha limítrofe que os separa, esta nova situação jurídica objetiva se impõe, indiscriminadamente, aos restantes Estados, ainda que para o só efeito de se inteirarem do que vem a ser, desse momento em diante, a correta cartografia da região. De modo também difuso, porém menos abstrato — em razão dos interesses que suscita —, opera sobre terceiros em geral o

tratado com que W e Z, Estados condôminos de águas interiores fluviais ou lacustres, entendem de abri-las à livre navegação civil de todas as bandeiras. Efeitos difusos de tal gênero, pode produzi-los sobre a inteira comunidade das nações até mesmo um ato unilateral legítimo. Por mais forte razão, não há como recusar aos tratados semelhante virtude.

Lembrando, porém, que no direito privado se encontra a origem da ideia das situações objetivas oponíveis a terceiros, Reuter adverte que, naquela ordem, essa oponibilidade é absoluta porque o contrato gerador de tal situação é verificado e garantido por uma autoridade comum, a do Estado[48]. O quadro é diverso na ordem internacional, não centralizada, onde a soberania dos atores permite a cada um deles o eventual não reconhecimento da situação que se pretende jurídica e objetiva. Afinal, a mais notável dentre as características da soberania do Estado é a prerrogativa de negar ou pôr em dúvida a estatalidade de seus pares, sem que qualquer poder supranacional lhe imponha, a respeito, uma definição irrecusável.

*b) Efeito aparente: a cláusula de nação mais favorecida.* Este é o caso em que determinado terceiro sofre consequências diretas de um tratado — geralmente bilateral — por força do disposto em tratado anterior, que o vincule a uma das partes. Tal perspectiva não se esgota no domínio da cláusula de nação mais favorecida, cuja habitual evocação decorre de seu valor didático, a título de exemplo.

Os Estados A e B celebram em 1975 um tratado de comércio em que se concedem favores mútuos, cada um deles prometendo gravar os produtos originários do outro com uma alíquota privilegiada do imposto de importação. Fica estabelecido que, se no futuro um deles vier a tributar com alíquota ainda mais baixa os produtos de outra nação qualquer, o copactuante de agora terá direito imediato a igual benefício. Isto é, em linhas rudimentares, a cláusula de nação mais favorecida. Em 1980, B e C concluem tratado de igual gênero, cujo teor permite saber que

---

48. Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 113-114.

os produtos de C terão, quando importados por B, tratamento tarifário mais brando que o garantido, cinco anos antes, aos produtos de A. Diz-se então que este último, com direitos de nação mais favorecida, recolhe diretamente os efeitos benéficos do tratado B-C, em que ele próprio não é parte. Recolhe-os, porém, pela virtude daquele tratado anterior, em que se inscrevera a cláusula. Resulta claro, assim, que o pacto ulterior não produz efeito sobre terceiro como norma jurídica, mas como simples fato. Significando a concessão de favor maior a outra potência, este tratado opera como o fato-condição antes previsto no acordo que abrigou a cláusula de nação mais favorecida; sendo esta última, pois, a norma jurídica que efetivamente garante benefício ao suposto terceiro Estado — na realidade um terceiro em relação ao tratado-fato, mas uma parte no tratado-norma.

*c) Previsão convencional de direitos para terceiros.* A Convenção de Viena estipula, no art. 36, que mesmo a criação de direitos para um terceiro reclama o *consentimento* deste, mas lembra que o silêncio faz presumir aquiescência. O dispositivo, deste modo, compreende desde a *estipulação em favor de outrem* — inspirada no direito privado e compatível com o direito das gentes — até a abertura dos tratados multilaterais à adesão.

Esta abertura é, sem dúvida, a criação, para terceiros, do direito de aderir ao pacto, cujo exercício os retira daquela condição para transformá-los em partes. E o horizonte numérico dos terceiros varia desde a totalidade dos Estados existentes — caso das grandes convenções sobre comunicações, direito humanitário, e outros temas — até a estrita singularidade — caso da Carta da ODECA, que esteve, desde sua entrada em vigor em 1951, aberta à adesão da república do Panamá. Em todos esses casos, o efeito jurídico sobre terceiros consiste na realidade da prerrogativa que se lhes abre, e independe de que efetivamente exercitem o direito conferido.

*d) Previsão convencional de obrigações para terceiros. O sistema de garantia.* Se se pretende que um Estado resulte obrigado por um acordo internacional de que não é parte, está naturalmente pressuposto o seu consentimento, em molde mais seguro que o da hipótese precedente. Da Convenção de Viena:

“Art. 35. Tratados que criam obrigações para terceiros Estados. Uma obrigação surge para um terceiro Estado, de uma disposição de um tratado, se as partes no tratado têm a intenção de criar a obrigação por meio dessa disposição, e o terceiro Estado aceita expressamente por escrito essa obrigação”.

Parece árduo conceber em abstrato semelhante quadro. Se o consentimento que aí se impõe é expresso e escrito, não se definiria melhor o suposto terceiro como uma parte no tratado, distinta das demais por motivo puramente procedimental? O exemplo tirado do *sistema de garantia* ilustra, entretanto, a situação a que se refere o dispositivo de Viena. E há outros exemplos aventáveis. Quando, no desfecho de uma negociação coletiva, certo Estado aceita expressamente o encargo de depositário, e por qualquer motivo acaba não ratificando, ele próprio, o tratado em causa, vê-lo-emos na exata condição de terceiro obrigado, prevista pelo art. 35.

A Convenção de Viena não menciona o sistema de garantia, limitando-se, em matéria de obrigação para terceiro, à norma genérica do art. 35. Aquele sistema fora precocemente descrito na Convenção da Havana sobre tratados (1928), cujo art. 13 dispõe:

“A execução do tratado pode, por cláusula expressa ou em virtude de convênio especial, ser posta, no todo ou em parte, sob a garantia de um ou mais Estados. O Estado-garante não poderá intervir na execução do tratado, senão em virtude de requerimento de uma das partes interessadas e quando se realizarem as condições sob as quais foi estipulada a intervenção, e ao fazê-lo, só lhe será lícito empregar meios autorizados pelo direito internacional e sem outras exigências de maior alcance do que as do próprio Estado garantido”.

A qualidade do Estado-garante vem a ser, justamente, a de um *terceiro* para quem o tratado cria obrigações, que ele expressamente aceita, preservando, no entanto, sua perfeita distinção dos Estados-partes. Tal a situação de Argentina, Brasil, Chile e Estados Unidos no tratado bilateral que Equador e Peru firmaram no Rio de Janeiro, em 1942, a propósito de suas pendências territoriais.

**43. Duração.** Tratados de vigência estática, qual o de compra e venda de território ou fixação de limites, celebram-se para viger em

perpetuidade. Os restantes, de vigência dinâmica, perfazem a grande maioria numérica, e em geral dispõem sobre sua própria duração. Quando não o fazem, isso indica que o tratado vigerá *por tempo indeterminado*, ressalvada ao conjunto das partes a perspectiva da ab-rogação, e a cada uma delas, em princípio, a perspectiva da denúncia. Muitos são, porém, os acordos cuja vigência por tempo indeterminado se afirma expressamente no texto.

A fixação de um prazo certo de vigência significa normalmente que, até então, o tratado não pode ser denunciado por uma das partes. Na chegada do termo abre-se-lhes ocasião de preservar o compromisso — seja até novo termo, seja, desta vez, por prazo indeterminado — ou de considerá-lo extinto. O ânimo terminativo ora exige voz expressa, ora se infere do silêncio das partes.

De modo geral, as convenções internacionais do trabalho comprometem cada Estado ratificante por dez anos contados da entrada em vigor, ao longo dos quais se proíbe a denúncia. Esta é possível no termo do prazo, mediante comunicação escrita à OIT. Na falta de comunicação entende-se que o Estado-parte deseja conservar essa qualidade por novo e igual período, renovando-se o ciclo repetidamente.

**44. Ingresso mediante adesão.** A adesão é uma forma de expressão definitiva do consentimento do Estado em relação ao tratado internacional. Sua natureza jurídica não difere daquela da ratificação: também aqui o que temos é manifestação firme da vontade de ingressar no domínio jurídico do tratado. O aderente é, em princípio, um Estado que não negociou nem assinou o pacto — e que assim não pode ratificá-lo —, mas que, tomado de interesse por ele, decide tornar-se parte, havendo-se antes certificado da possibilidade do ingresso por adesão.

Em casos não exatamente comuns, o aderente é um Estado que negociou e firmou o pacto, mas que, tendo perdido o *prazo* para ratificá-lo, vale-se da oportunidade

aberta aos não signatários para tornar-se parte mediante adesão. Tal foi o que sucedeu com o Brasil no caso das Leis uniformes de Genebra sobre títulos de crédito.

A adesão tem por objeto um tratado multilateral. Pactos bilaterais são naturalmente fechados, e a possibilidade teórica de que um acordo a dois preveja e comporte o ingresso de terceiro como parte não esconde a realidade da prática internacional, demonstrativa de que nem todos os tratados coletivos são abertos, mas virtualmente todos os tratados abertos são coletivos, ainda que de modesto porte numérico.

Parece lógico que a adesão pressuponha um tratado em vigor; que o Estado aderente pretenda entrar no domínio jurídico de um ato convencional perfeito e acabado, de uma realidade normativa, e não de um mero projeto para o qual existe ainda a possibilidade da frustração. Esta ideia imaculada foi, não obstante, proscrita pela prática internacional, faz já algumas décadas, à força de argumentos de conveniência. Quando se tornou frequente no domínio dos tratados coletivos a fixação de um *quorum* ponderável para a entrada em vigor, revelou-se o desacerto operacional de que o alcance desse *quorum* devesse depender tão só da ratificação dos Estados presentes na mesa negocial. O resultado foi o emprego, em larga escala, da técnica facultativa da adesão precoce — e sujeita, por isso, a ficar sem efeito quando, afinal, o *quorum* resulte inalcançado.

Por princípio, o Estado aderente não se distingue do Estado ratificante dentro do quadro convencional. Tratados coletivos normalmente se caracterizam pela paridade dos direitos e obrigações das partes, sem privilégio em favor daquelas que, presentes desde a fase negocial, tenham ingressado em seu domínio jurídico mediante ratificação.

Todo Estado que tenha interesse em ingressar mediante adesão num tratado coletivo deve certificar-se de que esse tratado é aberto, e de que os eventuais limites dessa abertura não excluem sua pretensão adesiva. Abertos são, com efeito, o Pacto da Liga Árabe e a Carta da OEA, sem que por isso se entenda viável a adesão do Uruguai ao primeiro, ou da Dinamarca ao segundo.

Presume-se que a perspectiva de adesão a certo tratado seja disciplinada em seu próprio texto. O silêncio faz supor, à luz da experiência, que se cuida de um compromisso fechado. Não obstante, há tratados recentes que dão notícia expressa de sua impermeabilidade. No Tratado de Cooperação Amazônica (Brasília, 1978), art. 27: “O presente Tratado terá duração ilimitada e não estará aberto a adesões”.

Tratados coletivos de grande porte podem abrir-se à adesão indiscriminada de todo e qualquer Estado soberano, e não é por

razões jurídicas — senão à conta de elementos de ordem prática — que essa abertura não alcança também as organizações internacionais. Outros tratados são apenas *regionalmente* abertos. Assim os pactos constitutivos de organizações internacionais não universais, como a OEA, a OUA, a Liga Árabe ou o extinto Pacto de Varsóvia. Nos dois primeiros casos o regionalismo é puramente geográfico. Ele assume coloração complexa, mas primordialmente cultural no terceiro, e era ideológico no quarto caso. Mesmo fora do domínio institucional, muitos são os tratados que se abrem à adesão tão só dos países europeus, ou latino-americanos, ou de língua francesa, ou produtores de certa riqueza, ou dotados de certo patrimônio. E há o caso extremo da abertura à adesão de um único Estado, nominalmente designado pelas partes: trata-se da Carta da ODECA, franqueada desde 1951 à adesão da república do Panamá, que demorou décadas até fazer uso da singular prerrogativa.

Tratados abertos costumam sê-lo em caráter permanente, de modo que não há falar, em princípio, num prazo para adesão. Se as ratificações tardias — sobrevindas vários anos depois da negociação — têm, embora não raras, a marca do heterodoxo, as adesões, pelo que representam, nunca se podem entender tardias. Todo tempo é próprio para que um Estado — quiçá no limiar de sua existência independente — manifeste interesse em ingressar no domínio jurídico de um acordo a cujo processo genético tenha sido estranho. Este princípio é tão velho quanto o crescimento numérico dos tratados coletivos e a prática do ingresso adesivo. Assim, foi em 26 de janeiro de 1907 que o Brasil aderiu à Convenção da Cruz Vermelha, concluída em Genebra a 22 de agosto de 1864.

O consentimento mediante adesão deve exprimir-se num gesto único e definitivo, qual seja a apresentação, ao depositário, da carta ou instrumento representativo da vontade estatal de ser parte no tratado. A doutrina não vê sentido, aqui, na adoção de um procedimento bifásico, e tem guardado uniformidade na condenação

da chamada *adesão condicional*, ou adesão sob ressalva de confirmação ulterior. Nada pressiona o Estado aderente de modo a exigir-lhe, antes da palavra final, uma palavra provisória. Desse modo, encara-se como supérflua a atitude do Estado cujo governo — por depender, em regra, da aprovação parlamentar — exprime no plano exterior sua adesão condicional a certo compromisso. A encará-lo com boa vontade, ver-se-ia no gesto um ato internacional de publicidade da intenção de aderir, e nada além disso.

**45. Emendas.** Desde as origens, nos anos 1950, da União Europeia, nenhum tratado ali se emenda sem o assentimento unânime das partes, aberta a cada uma delas a iniciativa de propor a emenda. A dimensão numérica da União permite-lhe um sistema dificilmente ajustável aos tratados de maior porte. Assim, o Pacto da Sociedade das Nações podia emendar-se pelo voto de dois terços, no mínimo, do total de partes; sendo que os Estados vencidos deixavam automaticamente de integrar a organização. Esta rígida fidelidade ao princípio de que não se deve abrigar duplo regime jurídico numa organização internacional não contagiou mais tarde a Carta da OEA, que prevê sua própria emenda pelo voto mínimo de dois terços das partes, sem nada dizer sobre como ficam os Estados dissidentes. O silêncio pareceu significar que na hipótese — até hoje inexperimentada — de uma emenda resultante de decisão não unânime, os vencidos permaneceriam obrigados pelo texto primitivo, criando-se no quadro convencional a duplicidade de regime jurídico. Interpretação que, de resto, veio a ser mais tarde assumida pela disciplina da Convenção de Viena[49].

A iniciativa da emenda pode vir de qualquer Estado parte no tratado: esta regra aparentemente não conhece exceções. Amplia-se, vez por outra, o horizonte da iniciativa em organizações internacionais, a propósito tanto do pacto institucional quanto de outros cuja guarda sua secretaria detém — sem que a própria organização seja parte —, permitindo-se que seus órgãos interiores proponham emendas.

---

49. Art. 40, §§ 4 e 5.

A adoção destas pressupõe, em toda circunstância, o pronunciamento do conjunto das partes — em conferência especial ou mediante consultas individualizadas, a cargo do depositário, no caso dos tratados comuns; em assembleia geral da organização, no caso dos tratados institucionais. Apurando-se que a emenda tem o abono da necessária unanimidade, ou do necessário *quorum* qualificado — não inferior a dois terços, em regra —, ela se formaliza por meio de algo como uma *resolução* (ONU, OMS), um *instrumento* (OIT), ou um *protocolo* de emenda (OACI). Isso não é mais que uma primeira parte do procedimento: afinal, manifestaram-se até então os governos dos Estados-partes, desprovidos em sua maioria de qualidade constitucional para uma decisão definitiva no que tange à conclusão — ou, por igual motivo, à modificação — de tratados multilaterais.

*Revisão* ou *reforma* é o nome que se tem dado, em direito dos tratados, ao empreendimento modificativo de proporções mais amplas que aquelas da emenda singular, ou do conjunto limitado de emendas tópicas. É aquilo que não se deu, até hoje, com a Carta da ONU, mas que foi já experimentado pela Carta da ODECA, em 1962 e 1991, e pela Carta da OEA, em 1967 e 1985, para só citar exemplos de feitio institucional.

Não há limite teórico para a importância e a gravidade da alteração substancial que uma emenda tópica — e, *a fortiori*, um processo revisional — pode importar a qualquer tratado. Por isso os pressupostos constitucionais da aceitação da emenda costumam ser os mesmos da expressão inicial do consentimento do Estado. Se o primitivo comprometimento não dependeu de mais que a vontade do governo, isto continua a ser tudo. Se a consulta ao parlamento foi necessária, ela o é de novo. Apesar de quanto variam as ordens internas na partilha do *treaty-making power*, dificilmente se quebraria esse paralelismo que aparece como regra geral.

No Brasil a aprovação da emenda pelo Congresso Nacional toma forma, também ela, em *decreto legislativo*. Publicado este, está o presidente da República autorizado a consentir no plano internacional, fazendo chegar ao depositário do pacto a carta ou instrumento que exprime a *aceitação* da emenda pelo país. Supondo que a emenda *entre em vigor* — o que poderia deixar de ocorrer, à falta de assentimentos em número suficiente —, o chefe do governo *promulgará* a emenda mediante decreto; em tudo observado, assim, o roteiro pertinente ao tratado original.

**46. Violação.** A violação substancial de um tratado dá direito à outra parte de entendê-lo extinto, ou de suspender também ela

seu fiel cumprimento, no todo ou parcialmente. Se o compromisso é coletivo igual direito têm, em conjunto, os pactuantes não faltosos, e o tem ainda *cada um deles* nas suas relações com o Estado responsável pela violação. A Convenção de Viena propõe essa disciplina no art. 60, esclarecendo que por violação *substancial* deve entender-se tanto o repúdio puro e simples do compromisso quanto a afronta a um dispositivo essencial para a consecução de seu objeto e finalidade.

Além das réplicas severas que a Convenção de Viena admite em caso de violação substancial, a prática do direito das gentes autoriza ainda o protesto diplomático e outros remédios, alguns institucionalizados em plano regional, e operantes mesmo em presença de uma violação *não substancial* — que nem por isso deixa de configurar ato ilícito.

Em 28 de setembro de 1979, a Corte de Justiça das Comunidades europeias condena a França por violação de tratados comunitários, à vista de seu regime de importação de carne bovina. No dia 4 de outubro seguinte, a mesma Corte declara que o Reino Unido faltou ao cumprimento de outros compromissos congêneres, quando adotou unilateralmente certas medidas no domínio da pesca[50].

Não são poucos os registros, na prática convencional, de casos em que certo Estado, embora acusando formalmente o copactuante de violar o compromisso mútuo, deixa de se proclamar imediatamente desobrigado, e prefere usar da denúncia tal como prevista no tratado — o que, afinal, poderia ser feito mesmo na ausência de violação. Aqui alguns excertos da nota do governo norte-americano ao governo grego, de 6 de novembro de 1933:

"Fui instruído para informar Vossa Excelência de que o Governo dos Estados Unidos soube com espanto que as autoridades gregas de novo deixaram de atender ao pedido de extradição de Samuel Insull, fugitivo da Justiça americana. (...) Devo acrescentar que meu Governo considera essa decisão absolutamente indefensável, e uma clara violação do Tratado de extradição americano-helênico firmado em Atenas, em 6 de maio de 1931. (...) Nesta conformidade, fui instruído para dar aqui aviso formal de denúncia por parte de meu Governo, a fim de que o Tratado termine na data mais próxima possível, segundo suas estipulações pertinentes"[51].

---

50. Crônicas, *RGDIP* e *AFDI.*

51. Cf. Herbert W. Briggs, *The law of nations*, Nova York, Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 913-914.

Uma súmula de jurisprudência, editada pelo Tribunal Regional do Trabalho de Brasília, em 2005, estatuiu que a Justiça brasileira deveria ignorar a imunidade das Nações Unidas à jurisdição local, embora expressamente prevista em tratado vigente, sob o argumento de que a organização deixara de cumprir outro dispositivo do mesmo tratado, que a mandara criar um mecanismo de solução de controvérsias. Preconizava-se, de tal modo, mediante invocação do princípio da reciprocidade, a *violação aberta de um tratado* como contrapartida à suposta violação do mesmo pelo copactuante.

**LEITURA**

O autor deste livro escreveu a respeito do fato:

"Esse entendimento pressupõe que a Organização teria deixado de cumprir dispositivo de tratado sobre seus privilégios e imunidades, por não ter estabelecido os meios de solução de controvérsias ali previstos. Como contrapartida, e 'em respeito ao princípio da reciprocidade', o foro trabalhista do Brasil estaria autorizado a violar uma imunidade que de modo expresso os mesmos tratados garantem.

De início, a premissa fática dessa tese é falsa. O *Tribunal Administrativo das Nações Unidas*, instituído e operante há cerca de sessenta anos, é aberto a funcionários e ex-funcionários da Organização, a seus sucessores *causa mortis*, e a quem mais afirme direitos resultantes de contrato de trabalho. Se o contrato — o que não é raro no domínio da cooperação para o desenvolvimento — prescreve a arbitragem para a solução do eventual litígio, ainda assim, e para o efeito de garantir a realização da arbitragem, o Tribunal está ao alcance de todas aquelas categorias.

Suponha-se, entretanto, e só para argumentar, que as Nações Unidas deixaram de prover, conforme pactuado, meios para solução de controvérsias dessa natureza. A Organização não é, a rigor, *parte* em seu próprio tratado constitutivo — a Carta de São Francisco, firmada por dezenas de Estados, entre os quais o Brasil — , nem em tratados do gênero das Convenções de 1946 e de 1947, concluídos entre os membros da Organização e a respeito de seu sistema. Sucede que em face desses tratados a Organização tampouco pode ser considerada um *terceiro*, estranho às obrigações que lhe são assinaladas no texto. Assim pensando, chegamos a que o hipotético descumprimento de uma norma do tratado, como a que manda instituir o foro, seria um *ilícito internacional* imputável, por omissão, à própria ONU. Mas para o Brasil, membro do sistema, este não é um *Estado estrangeiro* cuja eventual conduta ilícita possa ser de todo estranha à nossa própria responsabilidade. As Nações Unidas somos nós, associados a outros cento e noventa Estados não menos soberanos. O ilícito que acaso a Organização cometesse seria, em parte, um ilícito nosso...

Abstraindo todas essas singularidades, e raciocinando simplesmente como se a ONU fosse um Estado estrangeiro culpado da violação de norma constante de tratado que o vincula ao Brasil, teríamos de dar o nome correto ao que sucedeu no âmbito da Justiça do Trabalho 'em respeito ao princípio da reciprocidade': uma *represália* contra a Organização das Nações Unidas. Represália é, em direito internacional, o cometimento consciente de um *ato ilícito* — qual a violação de norma expressa em tratado — que se entende justificar com a notícia de que a outra parte cometeu, antes, ilícito igual ou equivalente na escala das proporções.

Não se tem notícia, em plano global, da adoção de uma represália contra as Nações Unidas. Menos ainda se tem notícia de que esta República, desde sua fundação — ou seu predecessor, o Império do Brasil — tenha um dia incorporado à sua política internacional, a cargo do Governo, a metodologia da represália como reação a algum ilícito de qualquer natureza, cometido por outro Estado soberano. Para dizer o mínimo, é extraordinário que no domínio da Justiça se identifique a iniciativa.

Como quer que seja, a represália com que parte da Justiça do Trabalho entende dever punir as Nações Unidas, violando abertamente a imunidade do sistema e comprometendo com isso a responsabilidade internacional da República perante a própria ONU, suas agências especializadas e todos os demais Estados membros, assenta sobre uma premissa incorreta. Por isso, quando por mais não fosse, não poderia vingar".

A Alemanha denunciou em 2005 um tratado preventivo da bitributação que a vinculara ao Brasil por trinta anos. Uma das razões transparentes desse gesto, e a principal segundo seus analistas no Brasil, foi o infiel cumprimento do tratado por parte de agentes do Estado brasileiro no domínio da imposição de tributos.

**47. Interpretação.** Interpretar o tratado internacional significa determinar o exato sentido da norma jurídica expressa num texto obscuro, impreciso, contraditório, incompleto ou ambíguo. Não por acaso, o primeiro princípio a nortear esta análise, e que tem raízes na antiguidade romana, é o de que não há por que interpretar o que já está claro e unívoco. Os tópicos seguintes versam os *sistemas* e os *métodos* de interpretação, assim compreendidos, respectivamente, os cenários em que tem lugar a

interpretação dos tratados e os critérios que presidem essa operação intelectual.

*a) Sistemas.* A interpretação pode dar-se no plano internacional, tanto quanto no âmbito interior de cada uma das partes pactuantes. Num e noutro caso os intérpretes serão governos ou jurisdições — sendo certo que estas últimas, no direito das gentes, têm perfil mais complexo que em qualquer ordem interna comum.

Quando proporcionada pelas próprias partes pactuantes, a interpretação se diz *autêntica*. A voz das partes, no caso, é a dos respectivos governos, visto que tribunais e parlamentos não se exprimem na cena internacional. Essa interpretação autêntica pode tomar a forma de um novo acordo, de índole puramente interpretativa: é este um dos poucos casos em que um sistema constitucional como o do Brasil pode tolerar o acordo executivo, não sujeito à aprovação do Congresso Nacional.

Entre exemplos figuram o Ajuste interpretativo dos arts. VI e VIII do Acordo básico de cooperação técnica Brasil-Itália de 1972 — concluído em Brasília, por troca de notas, em 18 de novembro de 1977; e a Declaração de Belém, firmada em 24 de outubro de 1980 pelos chanceleres dos Estados partes no Tratado de Cooperação Amazônica, e relativa ao seu justo entendimento.

Ainda governamental — mas não autêntica no sentido do item anterior, porque não pronunciada pelo conjunto das partes — é a interpretação que um dos pactuantes concebe e dá a conhecer aos demais pelo conduto diplomático. Também o é, de resto, aquela — porventura diversa — com que aqueles replicam à exegese unilateral.

A interpretação no plano internacional diz-se *jurisdicional* quando provida por organismo dotado, ainda que *ad hoc*, do poder de jurisdição, no exame do litígio concreto entre personalidades de direito das gentes. É portanto jurisdicional — embora não judiciária — a exegese que, no desempenho do encargo que lhe foi cometido pelas partes, o árbitro ou o tribunal arbitral

formula sobre o tratado pertinente à espécie. Qualifica-se, de outro lado, como judiciária a interpretação que emana de organismo de jurisdição permanente qual a Corte da Haia, e todas as cortes internacionais de âmbito regional: as do continente americano, as europeias, e outras mais.

A interpretação dos tratados no âmbito *interno* das potências pactuantes raramente se exprime numa lei do parlamento. Nas mais das vezes ela é governamental, quando expressa em ato da responsabilidade do poder Executivo, ou judiciária, quando levada a efeito por tribunais e juízes no exame do caso concreto.

Em feitos de sua competência originária, o Supremo Tribunal Federal interpreta, vez por outra, tratados de extradição. Em grau de recurso, é comum que deva determinar a melhor exegese de tratados de execução pública, quais as Convenções de Genebra sobre títulos de crédito. Juízes e tribunais federais foram levados constantemente a interpretar tratados como o GATT e o ato constitutivo da ALADI. Não há notícia de que jamais um órgão do poder Judiciário brasileiro tenha suposto que os tratados, qual se não integrados na ordem jurídica republicana, escapam ao mesmíssimo mecanismo de interpretação e aplicação tocante às leis comuns. A convicção reinante é de todo válida, como princípio. Alguma sutil característica própria dos compromissos internacionais será vista mais tarde, no estudo dos conflitos.

*b) Métodos.* A Convenção de Viena consagra alguns artigos à metodologia hermenêutica, arrolando princípios e critérios com que, a propósito, a doutrina do direito das gentes, havendo recolhido diretrizes noutras áreas da ciência jurídica, vinha desde muito inspirando a prática internacional. Destaca-se, nesta disciplina, a preocupação com o objeto da análise hermenêutica: a interpretação visa a um *contexto* que compreende não apenas a parte dispositiva do tratado, com seu preâmbulo e eventuais anexos, mas ainda qualquer avença marginal, contemporânea da conclusão do tratado, a que se apure haverem chegado as partes. A boa-fé, segundo a Convenção, é o sentimento que deve revestir o próprio intérprete. É um tanto óbvio, de outro lado, que ele assumirá a presunção de que de boa-fé agiram as partes ao celebrar o compromisso. Cumpre perquirir a *expressão* da vontade

das partes: não há lugar, nos princípios de Viena, para a busca especulativa de sua vontade recôndita. Essa expressão, porém, não se confina no texto convencional. Ela é legitimamente encontrável em avenças complementares, ainda que não escritas; e no *procedimento* assumido pelas partes, com o correr do tempo, acerca da execução do tratado. As palavras se supõem empregadas em seu sentido comum, a menos que se apure terem as partes entendido de atribuir a certo termo um significado especial.

Se, à luz dessas diretrizes de base, o texto permanece nebuloso, ou conduz a conclusões disparatadas — dando lugar ao argumento *ab absurdo* —, recorrerá o intérprete à pesquisa histórica dos trabalhos negociais preparatórios do compromisso, e das circunstâncias de sua celebração. Poderá ainda, também neste caso, valer-se dos meios de interpretação suplementares.

Estes são numerosos, e os que se listam em seguida têm valor exemplificativo. A doutrina de expressão francesa nunca deixa de mencionar a regra do efeito útil, segundo a qual não se há de admitir a ociosidade do dispositivo, devendo-se, pois, interpretá-lo no sentido que justifique a valia operacional de sua adoção pelas partes. A *analogia* é um procedimento hermenêutico válido, sem prejuízo da eventual pertinência do argumento *a contrario* e da regra *expressio unius est exclusio alterius*.

A interpretação *extensiva* — por oposição à interpretação restritiva — era técnica de escasso trânsito em direito das gentes até que, na era das organizações internacionais, ganhasse prestígio na definição da competência dessas entidades por intérprete vinculado à sua própria estrutura: um órgão administrativo, como o Escritório internacional da OIT, ou judiciário, como a CIJ e a Corte de Justiça da União Europeia. Há, entretanto, o reconhecimento geral de que a interpretação restritiva se impõe a respeito de cláusulas que limitem, de algum modo, a soberania dos Estados, ou que importem, da parte destes, submissão a juízo arbitral ou permanente.

Merece destaque a regra hermenêutica *contra proferentem*, que, ao contrário das demais, não tem lugar na interpretação das leis internas; e, se o tem na dos contratos, alcança, de todo modo, a plenitude de sua propriedade na área da interpretação dos tratados internacionais. Segundo essa regra, toda disposição convencional obscura ou ambígua deve ser interpretada contra a parte que redigiu ou propôs o texto em exame. À outra parte, pois, o benefício da dúvida.

**48. Conflito entre tratados.** Quando tratados distintos dão origem à superposição normativa, cabe indagar desde logo sobre a identidade ou não da fonte de produção das normas em causa. Deve-se saber, pois, antes de tudo, se esses tratados vinculam as mesmas partes. Em caso afirmativo, certos princípios secularmente consagrados na teoria geral do direito — e tocantes, sobretudo, à eficácia das leis no tempo — oferecem solução ao problema. Caso contrário, há conflito real, dificilmente resolúvel à base de iguais princípios, como será visto.

*a) Identidade da fonte de produção normativa.* Se um mesmo tema é objeto de tratamentos distintos e inconciliáveis em dois ou mais acordos entre as mesmas partes, não há conflito. A identidade da fonte de produção faz com que se veja, no caso, fenômeno igual ao da concorrência de diplomas legais de igual origem e nível hierárquico, num sistema de direito interno: prevalece o posterior sobre o anterior, à base da convicção de que o poder legiferante modificou seu entendimento. Não é necessário que no pacto superveniente as partes expressamente declarem revogado — ou apenas modificado — o pacto anterior. A simples evidência da incompatibilidade total ou parcial entre o que dispõem os compromissos concorrentes traz à cena a regra *lex posterior derogat priori*. Há lugar também, no mesmo caso, para a regra *lex specialis derogat generali*, quando se apure que, independentemente da ordem cronológica, quiseram as partes abrir exceção a certo dispositivo de alcance geral em situações determinadas, para as quais previram disciplina diferente.

A regra *lex posterior derogat priori* tem plena eficácia, ainda, no caso em que todas as partes no tratado anterior o são também no posterior, agora ao lado de outras mais. É que, nesta hipótese, a fonte de produção da norma a ser preterida se inscreve, por inteiro, no quadro daquela que responde pela norma a prevalecer. Se inversa a situação, ou seja, se mais numerosas as partes no primeiro tratado que no segundo, há conflito verdadeiro entre os dois compromissos.

*b) Diversidade da fonte de produção normativa.* Típico exemplo de escola, já no século XIX, ilustrava o conflito entre tratados internacionais: o Estado X, vinculado ao Estado Y por um pacto de aliança ofensiva, e ao Estado Z por um pacto de aliança defensiva, presencia o ataque armado de Y contra Z. Por força do que pactuou, está X simultaneamente obrigado a apoiar Y no ataque e Z na defesa, o que é impossível.

Este velho exemplo permite observar que a causa do conflito real e objetivo entre os tratados X-Y e X-Z é a situação subjetiva de X. Tanto Y quanto Z, irresponsáveis pelo conflito, chamarão em seu favor a regra *pacta sunt servanda*. O impasse é inevitável. Não há desnível hierárquico entre os dois acordos conflitantes; e regras como a *lex posterior*... e a *lex specialis*..., quando diferentes as fontes de produção normativa — XY num caso, XZ noutro —, são de uma rotunda imprestabilidade. Tão evidente é o descabimento da regra *lex posterior derogat priori* — em face dos direitos do Estado que primeiro pactuou com X, e que não pode recolher prejuízo do tratado ulterior, onde não é parte —, que já se viu sugerir, no olimpo da doutrina, um princípio avesso àquele: o *prior in tempore, potior in jure*, significando que nessa lamentável hipótese é melhor garantir prevalência ao tratado concluído primeiro, sob o argumento, em linhas gerais, de que o Estado X não poderia ter, licitamente, celebrado o segundo compromisso.

Certo é que não há remédio para o conflito real: como quer que proceda, o Estado nele envolvido deixará, no mínimo, de executar fielmente um dos tratados conflitantes, e terá cometido um ilícito internacional contra o copactuante prejudicado. Não há valor jurídico, aparentemente, que o socorra em semelhante opção. Estimativas de ordem política determinarão, em princípio, sua conduta na escolha do tratado a que atribuir prevalência.

O exemplo proposto versou conflito entre dois tratados bilaterais e da mesma espécie temática. A assertiva então feita, de que não há entre eles desnível hierárquico, pode ter parecido resultante daquelas circunstâncias. Não o é.

A ausência de escalonamento hierárquico caracteriza todo o direito internacional convencional. Nunca se terá neste domínio o

conforto, reinante nos sistemas de direito interno, de poder resolver conflitos à base da hierarquia, preterindo a lei ordinária que colide com a lei constitucional, o decreto que destoa da lei, a instrução ministerial que desafia o decreto. Escorados, todos, na regra *pacta sunt servanda*, e envolvendo a responsabilidade de Estados soberanos, dentro de uma sociedade internacional descentralizada, os tratados têm *idêntica* virtude jurídica, pouco importando se bilaterais ou coletivos, se "contratuais" ou "normativos", se voltados para tema transcendental ou trivial[52]. Tudo quanto favorece, pois, em caso de conflito, a opção do Estado envolvido por garantir cumprimento ao tratado de maior relevo político e notoriedade, é a consideração extrajurídica da conveniência de fazê-lo.

No que concerne à Carta das Nações Unidas, contudo, impõe-se uma advertência. Ali se lê no art. 103:

"No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta".

Esta norma é de irrecusável valia quando todos os Estados partes no pacto conflitante com a carta forem partes também nesta. Resolve-se o conflito em favor da carta, porque as partes assim determinaram, na cláusula adjetiva, que é o art. 103. Apurado que seja o conflito, as partes se encontram todas vinculadas a uma norma que dispõe justamente sobre como deve o conflito resolver-se.

A situação seria outra se um membro das Nações Unidas visse colidirem suas obrigações prescritas na carta com as que houvesse assumido em pacto bilateral com um (hoje hipotético) Estado estranho à organização. Não haveria aqui, valendo para ambos, uma norma sobre solução de conflitos. Preferindo cumprir a carta, o Estado em conflito subjetivo comete ilícito internacional frente ao copactuante singular, a que não se impõe o comando do art. 103.

**49. Conflito entre tratado e norma de direito interno.** Recorde-se, de início, que o primado do direito das gentes sobre o

52. *V*. referência à opinião, também neste sentido, de Gerald Fitzmaurice e Vicente Marotta Rangel, em G. E. do Nascimento e Silva: Dos conflitos de tratados; *BSBDI* (1971), v. 53-54, p. 31.

direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que para o Estado a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Embora sem emprego de linguagem direta, a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o direito das gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional. Norma deste exato feitio aparece na Constituição francesa de 1958, na Constituição argelina de 1976 e na Constituição espanhola de 1978. Excepcional, provavelmente única, a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, tolera, em determinadas circunstâncias, a conclusão de tratados derrogatórios do seu próprio texto, cuja promulgação é capaz de importar, por si mesma, uma reforma constitucional.

Abstraída a constituição do Estado, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário,

tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.

*a) Prevalência dos tratados sobre o direito interno infraconstitucional.* Não se coloca em dúvida, em parte alguma, a prevalência dos tratados sobre leis internas *anteriores* à sua promulgação. Para primar, em tal contexto, não seria preciso que o tratado recolhesse da ordem constitucional um benefício hierárquico. Sua simples introdução no complexo normativo estatal faria operar, em favor dele, a regra *lex posterior derogat priori.* Mas a prevalência de que fala este tópico é a que tem indisfarçado valor hierárquico, garantido ao compromisso internacional plena vigência, apesar de leis posteriores que o contradigam. A França, a Grécia e a Argentina oferecem, neste momento, exemplos de semelhante sistema.

Constituição francesa de 1958, art. 55: "Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, com ressalva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte".

Constituição da Grécia de 1975, art. 28, § 1: "As regras de direito internacional geralmente aceitas, bem como os tratados internacionais após sua ratificação (...), têm valor superior a qualquer disposição contrária das leis".

Constituição política da Argentina, texto de 1994, art. 75, § 22: "(...) os tratados e concordatas têm hierarquia superior à das leis".

*b) Paridade entre o tratado e a lei nacional.* Tal é o sistema consagrado nos Estados Unidos da América, sem contramarchas na jurisprudência nem objeção doutrinária de maior vulto. Parte da "lei suprema da nação", o tratado ombreia com as leis federais votadas pelo Congresso e sancionadas pelo presidente — embora seja ele próprio o fruto da vontade presidencial somada à do Senado, e não à das duas casas do parlamento americano. A *supremacia* significa que o tratado prevalece sobre a legislação dos estados federados, tal como a lei federal ordinária.

Não, porém, que seja superior a esta. De tal modo, em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece nos Estados Unidos o texto mais recente. É certo, pois, que uma lei federal pode fazer "repelir" a eficácia jurídica de tratado anterior, no plano interno. Se assim não fosse — observa Bernard Schwartz —, estar-se-ia dando ao tratado não força de lei, mas de restrição constitucional[53].

Nos trabalhos preparatórios da Constituição brasileira de 1934 foi rejeitado o anteprojeto de norma, inspirada na carta espanhola de 1931, que garantisse entre nós o primado dos compromissos externos sobre as leis federais ordinárias. A jurisprudência, contudo, não cessou de oscilar até pouco tempo atrás, e a doutrina permanece dividida. Marotta Rangel, partidário do primado da norma convencional, enumerou, entre autores de idêntico pensamento, Pedro Lessa, Philadelfo Azevedo, Vicente Ráo, Accioly e Carlos Maximiliano[54]. Azevedo, quando ainda ministro do Supremo Tribunal Federal, em 1945, publicou comentário demonstrativo da convicção unânime da corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados sobre todo o direito interno infraconstitucional[55].

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso extraordinário 80.004[56], em que assentada por maioria a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela Justiça — não obstante as consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

---

53. Bernard Schwartz, *Constitutional law*, Nova York, Macmillan, 1972, p. 87-88.

54. Vicente Marotta Rangel, La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil; *R. Fac. SP* (1960), v. 55, p. 264-265.

55. Philadelfo Azevedo, Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro; *BSBDI* (1945), v. 1, p. 12-29.

56. Para comentário à decisão do STF, *v*. Mirtô Fraga, *Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como certa a introdução do pacto — no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias — na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu em seguida o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias — o Decreto-lei n. 427/69, posterior, em cerca de três anos, à promulgação daquele —, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico[57].

**50. Situações particulares em direito brasileiro atual.** Há, contudo, exceções à regra da paridade? Há domínios temáticos em que, desprezada a ideia de valorizar simplesmente a última palavra do legislador ordinário, seja possível reconhecer o primado da norma internacional ainda que anterior à norma interna conflitante? Duas situações merecem a propósito um comentário apartado, as que se encontram, no domínio tributário, à luz do art. 98 do CTN, e, no domínio dos direitos e garantias fundamentais, à luz do art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição de 1988.

*a) Domínio tributário: o art. 98 do Código Tributário Nacional.* Esse dispositivo diz que os tratados (os que vinculam o Brasil, naturalmente) "…revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha". Essa linguagem sugere mais uma norma preventiva de conflitos do que uma regra de solução do conflito consumado; mas se assim for entendida ela é virtualmente supérflua. Não há dúvida de que o tratado revoga, em qualquer domínio, a norma interna anterior; nem tampouco de que o legislador, ao produzir direito interno ordinário, deve observar os compromissos externos da república, no mínimo para não induzi-la em ilícito internacional. Assim, para

57. *V.* a íntegra do acórdão em *RTJ* 83/809.

que se dê ao art. 98 efeito útil, é preciso lê-lo como uma norma hierarquizante naquele terreno onde o CTN foi qualificado pela Constituição para ditar "normas gerais". O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, desde que primeiro tratou do assunto até a hora atual, e de modo uniforme, a eficácia do art. 98 do CTN e sua qualidade para determinar o que determina[58]. Em matéria tributária, há de buscar-se com mais zelo ainda que noutros domínios a compatibilidade. Mas se aberto e incontornável o conflito, prevalece o tratado, mesmo quando anterior à lei.

Resolve-se por mais de um caminho, creio, a questão de saber se o CTN tem estatura para determinar na sua área temática um primado que a própria Constituição não quis determinar no quadro geral da ordem jurídica. Faz sentido, por exemplo, dizer que no caso do conflito de que ora cuidamos a norma interna sucumbe por inconstitucionalidade. Ao desprezar o art. 98 do CTN e entrar em conflito com tratado vigente, a lei ordinária implicitamente terá pretendido inovar uma norma geral de direito tributário, estabelecendo, para si mesma, uma premissa conflitante com aquele artigo, qual seja a de que é possível ignorar o compromisso internacional e dispor de modo destoante sobre igual matéria. É uma hipótese *sui generis* de inconstitucionalidade formal: a lei não ofende a carta pela essência do seu dispositivo, nem por vício qualquer de competência ou de processo legislativo, mas por assentar sobre uma premissa ideológica hostil à exclusividade que a carta dá à lei complementar para ditar normas gerais de direito tributário.

*b) Direitos e garantias fundamentais: o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição.* No desfecho do extenso rol de direitos e garantias do art. 5º da Constituição um segundo parágrafo estabelece, desde 1988, que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Sobre esta última categoria nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era entretanto pouco receptiva à

58. *V.* Carlos Mário Velloso, *O direito internacional e o Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte, CEDIN, 2002.

ideia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no *quorum* simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então — o que parece impalatável — até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais. As perspectivas da jurisprudência, nesse domínio, pareciam sombrias quando se levavam em conta algumas decisões majoritárias que o Supremo tomou na época a propósito da prisão do depositário infiel (ou daqueles devedores que o legislador ordinário brasileiro entendeu de assimilar ao depositário infiel), frente ao texto da Convenção de São José da Costa Rica[59].

A questão foi entretanto resolvida, em dezembro de 2004, pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove *com o rito da emenda à carta* — em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros — integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. Essa nova regra, que se poderia chamar de *cláusula holandesa* por analogia com certo modelo prevalente nos Países Baixos e ali pertinente à generalidade dos tratados (*v.* referência no § 49), autoriza algumas conclusões prospectivas. Não é de crer que o Congresso vá doravante bifurcar a metodologia de aprovação dos tratados sobre direitos humanos. Pode haver dúvida preliminar sobre a questão de saber se determinado tratado configura realmente essa hipótese temática, mas se tal for o caso o Congresso seguramente adotará o rito previsto no ter-

59. *V.*, por exemplo, ADIn 1.497-DF, ADIn 1.480-DF e HC 76.561-SP. *V.* ainda o estudo referido na nota anterior.

ceiro parágrafo, de modo que, se aprovado, o tratado se qualifique para ter estatura constitucional desde sua promulgação — que pressupõe, como em qualquer outro caso, a ratificação brasileira e a entrada em vigor no plano internacional. Não haverá quanto a semelhante tratado a possibilidade de denúncia pela só vontade do Executivo, nem a de que o Congresso force a denúncia mediante lei ordinária (*v.* adiante o § 53), e provavelmente nem mesmo a de que se volte atrás por meio de uma repetição, às avessas, do rito da emenda à carta, visto que ela mesma se declara imutável no que concerne a direitos dessa natureza.

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte — e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os Constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.

## Seção VII — EXTINÇÃO DO TRATADO

**51. A vontade comum.** Extingue-se um tratado por *ab-rogação* sempre que a vontade de terminá-lo é comum às partes por ele obrigadas. Não serão estas, necessariamente, aqueles mesmos Estados que um dia o negociaram e o puseram em vigor: sucessivas adesões e denúncias, no correr do tempo, podem haver mudado o rol das partes no tratado multilateral aberto. Essa vontade comum ab-rogatória se exprime, às vezes, por antecipação, no próprio texto convencional; noutros casos, o texto simplesmente disciplina o processo extintivo, entregue à decisão

ulterior das partes. Pode dar-se ainda que o tratado nada disponha sobre sua extinção, o que, em absoluto, não retira dos pactuantes a prerrogativa de ab-rogá-lo.

*a) Predeterminação ab-rogatória.* Todo tratado com termo cronológico de vigência, previsto no texto, encerra uma forma de predeterminação ab-rogatória pelas partes pactuantes. O término desse prazo de três, cinco, dez, ou quantos anos sejam, significa a condição resolutiva, de feitio estritamente temporal. Tem, pois, congenitamente predeterminada sua extinção todo pacto que se conceba para viger por certo número de anos — caso do Acordo Brasil-Estados Unidos, de 1972, sobre usos civis da energia atômica —, ou para viger até certa data — caso dos tratados anglo-chineses sobre Hong Kong. Não se descaracteriza a predeterminação ab-rogatória quando prevista a possibilidade de que as partes prorroguem a vigência do compromisso: neste caso, o silêncio importaria sua extinção, somente evitada por novo e expresso consenso entre os pactuantes.

A condição resolutiva, entretanto, pode assumir várias formas distintas do termo cronológico. Uma delas é a extinção de outro tratado — que se considere principal —, a determinar o automático perecimento de convenções ancilares. Há também, merecedoras de maior destaque, a exaustão operacional do tratado e a queda do número de partes.

Fica ab-rogado o compromisso quando perfeitos todos os atos de execução previstos pelas partes. O esgotamento operacional é, no caso, a condição resolutiva.

Firmou-se no Rio de Janeiro, em 27 de agosto de 1927, o Ajuste Brasil-França para a submissão à Corte Permanente de Justiça Internacional, na Haia, do litígio tocante ao modo de pagamento dos empréstimos federais brasileiros. Cumpriram as partes suas obrigações mútuas, e em 1929 a Corte veio a julgar a demanda[60]. O tratado estava extinto não por caso fortuito, mas porque esgotado o programa operacional que lhe ditaram as partes.

---

60. *V.* § 251.

Eventualmente a predeterminação ab-rogatória consiste em dizer, no texto, que o tratado estará extinto quando — à força, naturalmente, de sucessivas retiradas por denúncia — o número de partes cair abaixo de certo piso. Diz a Convenção sobre os direitos políticos da mulher (Nações Unidas, Nova York, 1953), no art. 8, § 2: "A presente Convenção deixará de vigorar a partir da data em que surtir efeito a denúncia que reduza a menos de seis o número de partes". A Convenção sobre a nacionalidade da mulher casada (Nações Unidas, Nova York, 1957), em seu art. 9, § 2, reproduz essa exata linguagem.

Numa e noutra dessas convenções, seis havia sido exatamente o *quorum* numérico de ratificações necessárias à entrada em vigor. A predeterminação ab-rogatória, no entanto, nunca se infere de tal circunstância: ela há de ser expressa, ou se entenderá inexistente. Era essa a opinião majoritária na doutrina e na prática das chancelarias. Assim, um tratado como a Carta da OEA, que só entrou em vigor quando reunido o *quorum* previsto de quatorze partes, não se presumiria ab-rogado se um dia caísse a treze, ou ainda menos, o número de membros da organização, visto que, a propósito, a carta nada prescreve. A Convenção de Viena consagrou o mesmo ponto de vista[61].

*b) Decisão ab-rogatória superveniente.* Não existe compromisso internacional imune à perspectiva de extinção pela vontade de *todas* as partes. Pouco importa, neste caso, que o texto convencional nada disponha a respeito. Bilateral o tratado, a vontade uniforme de ambas as partes poderá sempre desfazê-lo, ainda que interrompendo o curso de um prazo certo de vigência — e, pois, em circunstâncias nas quais a denúncia unilateral seria inconcebível. Se coletivo o compromisso, será menos comum, na prática, que se conjuguem as intenções ab-rogatórias da unanimidade das partes. Quando isto, porém, ocorrer, a ab-rogação prescindirá de qualquer previsão original no texto pactuado.

Sem discrepância, os Estados membros da Sociedade das Nações convieram em ab-rogar formalmente seu pacto constitutivo, e o fizeram pelo voto de 18 de abril de 1946 — quase sete anos depois que a organização desmoronou de fato, com o início da segunda grande guerra; e alguns meses após a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas. Mediante resolução unânime, de 24 de setembro de 1975, os seis

61. Art. 55.

Estados remanescentes na OTASE decidiram dissolver a organização — e, consequentemente, de ab-rogar seu tratado institucional — a 30 de junho de 1977. Nove tratados bilaterais luso-brasileiros, concluídos entre 1951 e 1996, foram expressamente ab-rogados por uma cláusula final (art. 78) do Tratado de amizade, cooperação e consulta que Brasil e Portugal celebraram no quinto centenário do descobrimento (22 de abril de 2000), e que entrou em vigor em 5 de setembro de 2001.

Ocorre às vezes a previsão, no tratado multilateral, de sua extinção por voto simplesmente *majoritário*. Havendo essa previsão, entende-se que *todas* as partes estão antecipadamente acordes em que o tratado deve desaparecer quando a maioria assim achar necessário, e só por isso se configura a ab-rogação. As partes minoritárias sucumbiram apenas na apuração da vontade tópica de acabar com o compromisso, mas foram corresponsáveis pela feitura da regra que previamente condenara o tratado a extinguir-se em tais circunstâncias.

Convenção internacional para a conservação do atum e afins no Atlântico (Rio de Janeiro, 1966), art. 12, § 1: "A presente Convenção permanecerá em vigor durante um período de dez anos, e, findo esse período, até que a maioria das partes contratantes concorde em pôr-lhe um fim".

Não é demais lembrar que, na falta de uma disposição dessa natureza, nenhum tratado coletivo se ab-roga por maioria. O que pode haver, nesse caso, é uma profusão de denúncias, reduzindo expressivamente o número de partes, mas em nada perturbando a prerrogativa de que o grupo minoritário mantenha de pé o compromisso. Não está afastada a possibilidade jurídica de que *dois* Estados apenas conservem vigente um tratado outrora multilateral.

Pode dar-se, finalmente, a ab-rogação de um tratado por outro que lhe sobrevenha e que reúna todas as partes.

Firmada e ratificada por praticamente todos os membros da sociedade internacional da época, a Convenção internacional de telecomunicações (Málaga, 1973)

ab-rogou sua homônima concluída em Montreux, em 1965, entre Estados um pouco menos numerosos: “Art. 48. A presente convenção ab-roga e substitui, nas relações entre os governos contratantes, a Convenção Internacional de Telecomunicações de Montreux (1965)”.

Em nível multilateral de menor porte, o Tratado da ALADI (Montevidéu, 1980) ab-rogou o Tratado da ALALC (1960); idêntico, nos dois casos, o rol dos Estados pactuantes.

No plano bilateral, a prática da ab-rogação de tratado por tratado ulterior é secular. Exemplo recente foi o Acordo básico de assistência técnica Brasil-OIT (Rio de Janeiro, 1953, art. 6, § 4): “O presente Acordo substitui, para todos os efeitos, o Acordo Básico entre o Governo dos Estados Unidos do Brasil e a Repartição Internacional do Trabalho para prestação de Assistência Técnica, assinado no Rio de Janeiro, a 14 de novembro de 1951”.

**LEITURA**

Declaração do autor como Juiz da Corte Internacional de Justiça no caso *Gabcikovo-Nagymaros* (Eslováquia *vs.* Hungria, 1997):

“[...] Um compromisso do tipo do tratado bilateral de 1977 não poderia ser objeto de uma denúncia ordinária em curso de execução. Mas a notificação húngara de 19 de maio de 1992 não foi uma denúncia ordinária. Ela sobreveio depois que as duas partes faltaram a seus compromissos recíprocos: a Hungria pelo abandono do trabalho sob sua responsabilidade, a Tchecoslováquia pela adoção da variante C. Entendo a nota de 19 de maio de 1992 como o ato formal de liquidação do tratado que antes disso, por razões diferentes e por mais de uma vez, cada uma das partes já havia repudiado. Vejo, portanto, na espécie, uma hipótese heterodoxa de ab-rogação.

A meu ver a regra *pacta sunt servanda* significa que o tratado cria direitos recíprocos entre as partes na base da convergência de interesses, da integração de vontades soberanas que provavelmente prosseguirão convergindo ao longo do tempo. Quando de *ambos* os lados do processo convencional advém a falta de rigor na execução do que foi acordado, o compromisso enfraquece, tornando-se vulnerável ao repúdio formal de uma das partes, pouco importando saber qual dentre elas negligenciou primeiro seus deveres, ou se ambas faltaram com rigor de maneiras diferentes. Os tratados tiram sua força da vontade dos Estados que os concluem. Eles não possuem um valor objetivo que os sacralize independentemente desta comunhão de intenções”.

**52. A vontade unilateral.** A exemplo da ratificação e da adesão, a denúncia é um *ato unilateral*, de efeito jurídico inverso ao que produzem aquelas duas figuras: pela denúncia, manifesta o

Estado sua vontade de deixar de ser parte no acordo internacional. Só a comodidade didática determina o estudo da denúncia na seção pertinente à extinção dos tratados, visto que esse ato unilateral, embora hábil, por razão óbvia, para extinguir o tratado vigente entre duas partes apenas, é inofensivo à continuidade da vigência dos tratados multilaterais. No caso destes, tudo quanto se extingue pela denúncia é a participação do Estado que a formula.

Tratados existem que, por sua própria natureza, são imunes à denúncia unilateral. Tal é, seguramente, o caso dos tratados de vigência estática. Não se compreende que a vontade singular de uma das partes possa fazer reverter certo pacto de cessão territorial onerosa, ou de definição da fronteira comum. Esses tratados, mais expressivos de um título jurídico que de normas operacionais de conduta, costumam ser bilaterais. No plano coletivo dificilmente se encontrarão compromissos de vigência estática. Há, porém, quem considere igualmente imunes à denúncia, por sua própria natureza, os tratados "normativos" de elevado valor moral e social, quais as Convenções de Genebra sobre o direito humanitário aplicável aos conflitos armados, ou o Pacto Briand-Kellog de renúncia à guerra como instrumento de política nacional. Se na prática, entretanto, semelhantes acordos coletivos constituem raro objeto de denúncia, a provável razão não está no entendimento de que legalmente imunes à rejeição unilateral, mas no receio do desgaste político que aquele gesto, em todo caso, importaria.

Quando um tratado admite e disciplina sua própria denúncia, o problema da possibilidade jurídica da retirada unilateral simplesmente não existe. Já o silêncio do texto convencional obriga a investigar sua denunciabilidade à luz de sua natureza, tarefa nem sempre simples.

Muitos compromissos internacionais facultam a retirada unilateral *a todo momento* — o que significa que, em tese, pode uma das partes tomar essa atitude logo após a entrada em vigor —, e tudo quanto exigem é o decurso de um prazo de acomodação, no interesse dos copactuantes. Dá-se-lhe correntemente o nome de *pré-aviso*, embora ele tenha, com mais frequência, o feitio de um prazo de dilação dos efeitos da denúncia: o Estado

retirante não previne seus pares de que *vai denunciar*; ele efetivamente *denuncia* o tratado, mas só se encontra desobrigado após o curso do período previsto.

Antes da Convenção de Viena — e ainda hoje, para os Estados por ela não obrigados — o tratado silente sobre o tema da denúncia, mas que se deva considerar denunciável por sua natureza, dá ensejo a que o Estado retirante se entenda desobrigado tão logo dá notícia formal da denúncia aos copactuantes. Foram estes, aparentemente, os sentimentos do governo da Indonésia quando aquele país se afastou da ONU em 1965. Sob o pálio da Convenção de Viena previnem-se os inconvenientes da desobrigação abrupta. Dispondo sobre estas exatas circunstâncias, a Convenção dá como regra geral o pré-aviso de doze meses[62].

A denúncia se exprime por escrito numa *notificação, carta ou instrumento*: sua transmissão a quem de direito configura o ato internacional significativo da vontade de terminar o compromisso. Trata-se de uma mensagem de governo, cujo destinatário, nos pactos bilaterais, é o governo da parte copactuante. Se coletivo o compromisso, a carta de denúncia dirige-se ao depositário, que dela fará saber às demais partes.

A prática internacional mostra a denúncia como um ato *retratável*: não se concebe em favor da outra parte — que, afinal, poderia também denunciar o pacto se o quisesse — um direito de objeção ao gesto com que o Estado retirante, no curso do prazo de acomodação, volta atrás e exprime a vontade de permanecer comprometido. Está claro, porém, que, se a denúncia já viu seus efeitos consumados — vale dizer, se já se encontra extinto o pacto bilateral, ou se o Estado retirante já se pôs fora do domínio jurídico do pacto coletivo — não há retratação possível. Neste último caso, caberá cogitar do retorno mediante adesão.

Questiona-se a possibilidade jurídica da *denúncia parcial*, ou seja, da rejeição superveniente de alguns dispositivos convencionais, sem quebra do vínculo. O assunto não é estranho à

62. Art. 56, § 2.

Convenção de Viena, que dele cuidou, porém de modo pouco satisfatório. É fundamental que se indague, primeiro, se os dispositivos visados pelo intento de denúncia parcial poderiam ter sido objeto de reservas — já que, negativa a resposta, não há como cogitar de semelhante denúncia. Afirmativa a resposta, convirá saber ainda se o tratado é aberto à adesão, pois somente neste caso se terá apoio na lógica jurídica para garantir que a denúncia parcial deve ser aceita. Não há como sustentar o contrário: tanto seria admitir que, proibida a via simples, igual fim o Estado alcançaria pela via tortuosa — e irrecusavelmente lícita —, consistente em denunciar o tratado na íntegra, e a ele retornar, mediante adesão, com reserva aos dispositivos indesejados.

**53. Denúncia e direito interno.** O estabelecimento de relações diplomáticas entre os Estados Unidos da América e a República Popular da China, nos anos setenta, levou o governo norte-americano a uma redefinição de sua postura ante a República da China (Taiwan), com a qual celebrara tratados diversos. Quando, no governo Carter, foi denunciado o Tratado de defesa mútua EUA-Taiwan, Barry Goldwater e outros membros do Senado americano pretenderam discutir, na Justiça, o poder presidencial para a denúncia de tratados internacionais. Basicamente, o raciocínio dos autores nesse litígio apoiava-se no *princípio do ato contrário*: se, nos termos da Constituição, a conclusão de um tratado depende de que se conjuguem a vontade do presidente dos Estados Unidos e a de dois terços do Senado, deve entender-se que essas mesmas vontades devem estar reunidas para escorar o rompimento do compromisso. A esse interessante problema a Justiça americana deixou de dar solução, à base de um argumento que não constitui novidade para os juristas daquele país, e que não cessa de surpreender os analistas brasileiros, entre outros: o de que se tratava de uma *questão política*, estranha por isso ao deslinde judiciário. No Brasil, a questão de saber se pode o presidente da República

denunciar, com sua só autoridade, um tratado para cuja ratificação tenha ele dependido da voz aprobatória do Congresso Nacional, colocou-se em 1926, quando, nos últimos meses do governo de Artur Bernardes, ficou decidido que o país se desligaria da Sociedade das Nações. Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Itamaraty, foi chamado a opinar sobre a competência do governo, e o fez em longo parecer, de 5 de julho de 1926, cujo primeiro parágrafo enuncia sua tese central:

> "Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado, que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1º, última parte. Essa proposição parece evidente, por si mesma. Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de o dar por extinto.(...)"[63].

Apesar do engenho com que a desenvolveu o grande jurisconsulto, a tese de Clóvis Beviláqua é inconsistente. Ela invoca a previsão convencional da denúncia, e vê aí uma cláusula que "não difere das outras". Isto vale dizer que denunciar um tratado, quedando fora de seu domínio jurídico, e transformando, pois, o compromisso em não compromisso, é algo que não difere de exercitar uma qualquer dentre as cláusulas de execução propriamente ditas. A quem tal proposição não pareça elementarmente inaceitável — pelo abismo que separa a cláusula de denúncia das cláusulas pertinentes à execução do combinado — convirá lembrar que a tese em exame obriga a admitir, *a fortiori*, que o governo não depende do parlamento para levar a termo

63. *Pareceres*, II, p. 347 e s.

a *emenda* ou *reforma* de tratados vigentes, sempre que prevista no texto primitivo. E semelhante pretensão, ao que se saiba, não foi jamais exteriorizada pelo governo brasileiro, ou por outro que se encontre sujeito a uma disciplina constitucional parecida. Afinal, não costuma haver limite quantitativo ou qualitativo para o que a reforma pode, em tese, importar a um tratado: mediante emendas é possível converter um acordo de intercâmbio desportivo num pacto de aliança militar ou num compromisso de cessão gratuita de parte do território nacional.

Tenho como certo que o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais — como de resto vem fazendo, com franco desembaraço, desde 1926. Fundo-me num argumento diverso daqueles que inspiraram o parecer de Beviláqua, em face do qual é de todo indiferente que o tratado disponha ou não sobre a perspectiva de sua própria denúncia. Tudo quanto importa é que o tratado seja validamente denunciável: se não o é, por sua natureza, ou por impedimento cronológico convencionado, não há cogitar de denúncia lícita, e, pois, de quem seria competente, segundo o direito interno de uma das partes, para decidir a respeito.

O Estado é originalmente livre de compromissos tópicos: tal o princípio da *tabula rasa*, segundo o qual toda soberania nascente encontrará diante de si um espaço vazio de obrigações convencionais, preenchendo-o à medida que livremente se ponha, desse momento em diante, a celebrar tratados. Parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para *obrigar* o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, seja suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para *desobrigá-lo* por meio da denúncia. Não há falar, assim, à luz impertinente do princípio do ato contrário, que, se as duas vontades tiverem de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-las de novo somadas para seu desfazimento. Antes, cumpre entender que as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do tratado, e ao longo de sua

vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional. Isso levará à conclusão de que nenhum tratado — dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia — deve continuar vigendo *contra a vontade* quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado.

Aceito que seja esse ponto de vista, ter-se-ão como válidas todas as denúncias resultantes do puro alvitre governamental. Em contrapartida, estará também aceita a tese de que a vontade do Congresso é hábil para provocar a denúncia de um pacto internacional, mesmo quando não coincidente com as intenções do poder Executivo. Neste passo, é imperioso reconhecer o desequilíbrio reinante entre os instrumentos de ação do governo e os do Congresso. Se o intento de denunciar é do primeiro, o ato internacional pertinente dará sequência imediata à decisão do presidente da República — a quem se subordinam todos os mecanismos do relacionamento exterior e todos os condutos da comunicação oficial com nações estrangeiras e demais pessoas jurídicas de direito das gentes. Tendo origem no Congresso o propósito da denúncia, não deixa de ser do Executivo a responsabilidade por sua formulação no plano internacional. De par com isso, o meio com que o Congresso exterioriza sua vontade ante o governo não pode ser um decreto legislativo de "rejeição" do acordo vigente — à falta de previsão de semelhante ato na faixa da competência privativa do parlamento. Por exclusão, cabe entender que a lei ordinária é o instrumento próprio para que o Legislativo determine ao governo a denúncia de tratados, tal como fez em 1911, no domínio extradicional[64].

A lei ordinária, entretanto, não é produto exclusivo do parlamento, visto que depende de sanção do chefe do governo. Este vetará o projeto caso discorde da ideia da denúncia; e só o verá promulgado, contra sua vontade, caso assim decida em sessão conjunta a maioria absoluta do total de membros de cada uma das casas do Congresso. Aqui se encontra a evidência maior do desequilíbrio entre a manifestação da vontade do governo e a expressão da vontade do Congresso, no sentido de desvincular o país de um tratado internacional. A segunda não apenas percorre, na forma,

---

64. A Lei n. 2.416, de 28 de junho de 1911, havendo ditado novas normas a respeito da extradição, *determinou* que o poder Executivo denunciasse, dentro de certo prazo, todos os tratados extradicionais então vigentes.

caminhos difíceis: ela deve, antes de tudo, encontrar-se apoiada no amplo *quorum* que nossa ordem constitucional reclama para a rejeição do veto presidencial.

**54. Mudanças circunstanciais.** Refere-se este tópico à superveniência da *impossibilidade* do cumprimento do tratado, e ainda à alteração fundamental das circunstâncias, fenômeno visado pela teoria da cláusula *rebus sic stantibus*.

*a) A execução tornada impossível.* A Convenção de Viena dá ao pactuante o direito de liberar-se do compromisso quando sua execução tenha resultado impossível, por força da extinção definitiva do respectivo objeto. Se o fator frustrante for temporário, só dará ensejo à *suspensão* do cumprimento do pacto.

Num segundo parágrafo do art. 61, a Convenção retira esses direitos ao Estado que tenha, ele próprio, dado causa à impossibilidade, por força de haver violado alguma obrigação decorrente do compromisso.

*b) "Rebus sic stantibus".* De modo sugestivo, a Convenção de Viena prescreve que a mudança fundamental das circunstâncias *não pode* ser invocada para que o pactuante se dispense de cumprir um tratado, *a menos que* presentes os requisitos arrolados no art. 62. Diversos são os elementos que a invocabilidade do princípio *rebus sic stantibus*[65], à luz desse regime, pressupõe:

1) As circunstâncias aí versadas devem ter sido contemporâneas da expressão do consentimento das partes, e constituído *condição essencial* desse consentimento. Exclua-se, pois, da qualidade de ponto de referência toda circunstância extemporânea — porque anterior à conclusão do tratado, ou porque

65. A máxima *conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus* foi encontrada por Alberico Gentili na obra de Tomás de Aquino, e analisada em *De jure belli*, seu livro de 1598. Significa que toda convenção deve ser entendida sobre a premissa de que as coisas permanecem no estado em que se achavam quando da assunção do compromisso.

superveniente —, bem assim toda circunstância periférica, não essencial à determinação, na consciência das partes, da vontade de pactuar.

2) A mudança nessas circunstâncias deve ter sido *fundamental*, levadas em conta sua dimensão e seu valor qualitativo. Se assim não fosse, faltaria seriedade ao princípio *rebus sic stantibus*, visto que alterações — carentes, no entanto, da carga de radicalidade aqui exigida — produzem-se necessariamente, e a cada dia, no cenário das relações internacionais.

3) Essa mudança circunstancial deve, ademais, entender-se *imprevisível*. De outro modo, ou o tratado dispõe sobre como procederão as partes em face de tal fenômeno, ou guarda silêncio, indicando que, apesar da eventual e previsível mudança, o pacto há de ser executado com rigor.

O tratamento dado pela Convenção de Viena ao princípio *rebus sic stantibus* leva à ideia de sua invocação pela parte interessada em ver extinto ou suspenso o tratado, à conta da mudança nas circunstâncias. Essa invocação tem por destinatárias as restantes partes, às quais não se impõe. Não vale, pois, invocar a cláusula depois de consumada a afronta ao compromisso. Qual pondera Rousseau, a cláusula *rebus* não justifica a ruptura unilateral dos tratados: sua invocação reclama um acordo entre as partes reconhecendo a mudança fundamental das circunstâncias ou, "...na falta desse acordo, uma decisão arbitral ou judiciária"[66].

Muitos foram, na prática internacional, os casos de denúncia ilícita de tratados com invocação unilateral da cláusula *rebus*; e também os casos em que, reconhecendo a mudança circunstancial, as partes recompuseram seus compromissos. Pouquíssimos, entretanto, os precedentes da jurisprudência internacional, arbitral e judiciária. Entre 1929 e 1932 a Corte da Haia teve sob exame o litígio franco-suíço relativo às *Zonas francas de Alta-Savoia e Gex*[67]. A França invocou o princípio *rebus sic*

66. *Rousseau*, p. 75-76.
67. *Recueil CPJI* (1929), A-22 e (1932), AB-46.

*stantibus*, afirmando que as regras fixadas após as guerras napoleônicas, suprimindo as linhas alfandegárias francesas alguma distância aquém da fronteira franco-suíça, deviam entender-se caducas em face da mudança das circunstâncias. Segundo o governo francês, a supressão das alfândegas em 1815 fizera de Genebra e das zonas francas de Alta-Savoia e Gex uma unidade econômica, que a instituição das alfândegas federais suíças, em 1849, veio a destruir. A Corte rejeitou esse argumento, já que não provado pela França que as zonas francas haviam sido criadas *à consideração* da ausência de barreiras alfandegárias em Genebra, em 1815.

**55. *Jus cogens*.** O direito "que obriga", o direito "imperativo", foi tema originalmente teorizado nesta área por juristas de expressão alemã, destacando-se Alfred Verdross e Friedrich von Heydte, nos anos que precederam a segunda grande guerra. Seria ele o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas. Rousseau enfatiza a diversidade entre a ordem estatal doméstica e a ordem internacional na crítica que faz à teoria do *jus cogens*: no primeiro caso existe subordinação irrecusável, de sorte que o Estado define as normas de ordem pública e com elas limita, por sua autoridade, a liberdade dos particulares para contratar. Não se sabe quem pode legitimamente definir o suposto direito internacional imperativo. Além disso, não há como nivelar a estatura do tratado, em direito internacional público, à do contrato em direito interno. A doutrina diverge, por último, quanto à natureza e ao conteúdo do *jus cogens*.

A matéria é substancialmente versada em dois pontos distintos da Convenção de Viena:

"*Art. 53. Tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral ("jus cogens").* É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é per-

mitida e que só pode ser modificada por uma norma de direito internacional geral da mesma natureza".

"*Art. 64. Superveniência de uma nova norma imperativa de direito internacional geral ("jus cogens").* Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se."

Estes dispositivos contribuíram para que diversos países — entre eles o Brasil e a França — tenham de início evitado ratificar a Convenção de Viena, embora subordinados à maior parte de quanto nela se estampa, a título costumeiro. No Brasil, a Convenção foi enviada pelo governo ao Congresso, para exame e eventual aprovação, em abril de 1992.

A teoria do *jus cogens*, tal como aplicada pela Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, é francamente hostil à ideia do consentimento como base necessária do direito internacional. Ali se pretende que, qual no domínio centralizado e hierárquico de uma ordem jurídica interna, regras imperativas — geradas por voto majoritário ou consenso de assembleias, ou deduzidas em cenário ainda menos representativo do interesse geral — frustrem a liberdade convencional dos países não aquiescentes, numa época em que o esquema de poder reinante na cena internacional desaconselha o Estado, cioso de sua individualidade e de seus interesses, de arriscar parte expressiva dos atributos da soberania num jogo cujas regras ainda se encontram em processo de formação.

# Capítulo II

# FORMAS EXTRACONVENCIONAIS DE EXPRESSÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

**56. Proposição da matéria.** Este capítulo versa todas as fontes do direito internacional à exceção dos tratados, que constituíram o objeto da análise precedente. Aqui, observada a ordem dos tópicos principais do art. 38 do Estatuto da Corte da Haia, estudam-se primeiro as formas não escritas de expressão do direito das gentes: o costume e os princípios gerais. As seções seguintes cuidam de duas formas escritas, e ausentes do rol estatutário — o que retrata o caráter controvertido de sua qualificação como fontes autônomas de direito internacional público: os atos unilaterais e as decisões normativas que se editam no âmbito das organizações internacionais.

## Seção I — O COSTUME INTERNACIONAL

**57. Elementos do costume.** A norma jurídica costumeira, nos termos do Estatuto da Corte, resulta de "uma prática geral aceita como sendo o direito". Essa expressão dá notícia do *elemento material* do costume, qual seja a prática — a repetição, ao longo do tempo, de certo modo de proceder ante determinado quadro de fato —, e de seu *elemento subjetivo*, qual seja a convicção de que assim se procede não sem motivo, mas por ser necessário, justo, e consequentemente jurídico. A linguagem estatutária pede ainda algum comentário no que concerne ao

caráter geral que parece exigir-se de toda prática pretendidamente transfigurada em norma costumeira.

**58. O elemento material.** O procedimento cuja repetição regular constitui o aspecto material do costume não é necessariamente positivo: pode, também, cuidar-se de uma omissão, de uma abstenção, de um não fazer, frente a determinado contexto. Ação ou omissão, os respectivos sujeitos hão de ser sempre pessoas jurídicas de direito internacional público — categoria que não compartilha com indivíduos, empresas ou quaisquer outras entidades imagináveis, a prerrogativa de *produzir* o direito das gentes, de dar à luz suas normas costumeiras ou convencionais. Até algumas décadas atrás dir-se-ia simplesmente que os sujeitos de todo procedimento, ativo ou passivo, habilitado a configurar o elemento material da norma costumeira, hão de ser sempre *Estados soberanos*. Hoje não vale negar que aquelas outras personalidades jurídicas de direito das gentes, as organizações internacionais, têm também qualidade para integrar o processo de produção do direito consuetudinário: não há qualquer fundamento lógico que autorize a pensar de modo diverso.

Fala-se numa repetição de certo procedimento *ao longo do tempo*, e isto gera no espírito do estudioso a questão: *quanto tempo?* Regras costumeiras existem — por exemplo, no domínio do direito relativo ao alto mar, à guerra, à gênese dos tratados — que se forjaram num passado remoto, e que se supõem consolidadas só ao cabo de alguns séculos de uma prática rarefeita, em razão das circunstâncias. Observe-se, porém, que a celeridade das coisas contemporâneas contagiou o processo de produção do direito costumeiro. No julgamento do caso da *plataforma continental do mar do Norte*, a Corte Internacional de Justiça teve ocasião de estatuir que "...o transcurso de um período de tempo reduzido não é necessariamente, ou não constitui em si mesmo, um impedimento à formação de uma nova norma de direito internacional consuetudinário..."[1].

---

1. *Recueil CIJ* (1969), p. 43. *V.* também *Tunkin*, p. 76.

**59. Elemento subjetivo: a *opinio juris*.** Pode-se, ao longo do tempo, repetir determinado procedimento por mero hábito, moda ou praxe. O elemento material não seria bastante para dar ensejo à norma costumeira. É necessário, para tanto, que a prática seja determinada pela *opinio juris*, vale dizer, pelo entendimento, pela convicção de que assim se procede por ser necessário, correto, justo e, pois, de bom direito.

Ainda no caso da *plataforma continental do mar do Norte*, recolhe-se do acórdão da CIJ, a propósito do duplo elemento da norma costumeira:

"Os atos em questão não só devem constituir uma prática estabelecida, como devem ter tal caráter, ou realizar-se de tal forma, que demonstrem a crença de que a dita prática se entende obrigatória em virtude de uma norma jurídica que a prescreva. A necessidade de tal crença, ou seja, a existência de um elemento subjetivo, acha-se implícita no próprio conceito de *opinio juris sive necessitatis*. O Estado interessado deve sentir que cumpre o que supõe uma obrigação jurídica. Nem a frequência, nem o caráter habitual dos atos é em si mesmo suficiente. Há numerosos atos internacionais, no terreno do protocolo, por exemplo, que se realizam quase invariavelmente, mas estão motivados por simples considerações de cortesia, de conveniência ou de tradição, e não por um sentimento de dever jurídico"[2].

Com lógica cristalina, o professor Josef Kunz ponderou certa vez que o nascimento de toda regra costumeira repousa sobre um erro jurídico. Se a regra em questão surge apenas como resultado da *prática* e da *opinio juris*, isto significa que, antes mesmo do surgimento da regra, os Estados já a exercitam por conta da convicção — prematura e, pois, errônea — de que ela existe[3]. Essa ironia tem como origem a abstração de uma das características cruciais da norma costumeira, qual seja a impossibilidade de determinar o exato instante histórico de seu surgimento, de sua consolidação — ou, indo diretamente ao termo nuclear: de sua *vigência*. Todo tratado nos brinda com a data certa — expressa em dia, mês e ano do calendário — em que passou a valer como norma, em que passou a obrigar cada um dos Estados comprometidos com seu texto. No domínio do costume, é sabido que as coisas não são tão simples. Certo dia, pelo meio do século XIX, uma legação diplomática em capital latino-americana dá asilo a um perseguido político, e consegue que o Estado territorial não lhe reclame a devolução, mas conceda salvo-conduto. O evento se reproduz, nos anos seguintes, noutras capitais. Gradualmente emerge

---

2. *Recueil CIJ* (1969), p. 44.

3. J. L. Kunz, The nature of customary international law; *AJIL* (1953), v. 47, p. 667.

a suposição de que a tolerância do Estado territorial ao asilo diplomático é de bom direito. A suposição transforma-se em certeza. Mais tarde, já o proclamam alguns governos, e já o registra a doutrina. Não há como determinar o preciso momento histórico do início da vigência da norma costumeira, de sorte que o paradoxo apontado por Kunz é inevitável. À força das circunstâncias, os Estados começam a crer que a norma existe ... e exatamente por isso será possível proclamar, algum tempo depois, sua existência.

**60. O problema da generalidade.** O exemplo evocado no tópico anterior — o asilo diplomático, instituição jurídica estritamente latino-americana nos tempos modernos — lembra a possibilidade do aparecimento de regras costumeiras *regionais*. Existem, portanto, variados graus de generalidade no espaço, sendo possível que os redatores do texto estatutário tenham falado de uma *prática geral* no sentido de prática *comum*, isto significando aquilo que é um tanto óbvio: não se formam costumes internacionais — assim como não se celebram tratados internacionais — por vontade unilateral. Impõe-se o consentimento e, pois, a pluralidade, ainda que em número mínimo, de vontades singulares.

Um dos grandes erros de certa parte da doutrina europeia consistiu em supor e qualificar como *universais* certas regras costumeiras regionais, próprias do quadro europeu. Um dia o professor Akehurst, referindo-se aos riscos do processo de codificação do direito costumeiro, lembrou que

"...o fracasso de um projeto de codificação pode lançar dúvidas sobre normas consuetudinárias já consideradas como firmemente estabelecidas (como aliás sucedeu, após essa conferência, com a norma das três milhas referente à extensão das águas territoriais)"[4].

O caso da extensão limitada do mar territorial é típico. Cuidou-se de costume europeu, estreitamente relacionado com as próprias dimensões da Europa e dos mares que a circundam, não sendo possível entender a razão por que o Peru, frente ao Pacífico, ou a Guiné, frente ao Atlântico, e mesmo a Islândia, no seu isolamento ártico, devessem admitir como "firmemente estabelecida" a regra das três milhas.

---

4. Michael Akehurst, *A modern introduction to international law*, Londres, Allen & Unwin, 1990, p. 42.

**61. Prova do costume: atos estatais.** A parte que alega em seu prol certa regra costumeira deve provar sua existência e sua oponibilidade à parte adversa: disse-o a Corte Internacional de Justiça no julgamento do caso do *direito de asilo*[5]. Esse ônus costuma ser marcadamente mais pesado que o da prova de uma regra convencional: nada tão simples quanto demonstrar que um tratado existe, ou seja, encontra-se em vigor, e que o Estado do qual se reclama certa conduta fiel ao texto é uma das partes por ele obrigadas. No caso da regra costumeira, o julgamento da demanda entre as repúblicas da Colômbia e do Peru sobre o asilo diplomático, pela CIJ, em 1950-51, ilustrou de modo primoroso a dificuldade da prova do costume em sua configuração plena. A Corte entendeu demonstrada a existência, na América Latina, de um direito consuetudinário tocante àquela forma de asilo, e então já transposto, em traços rudimentares e incompletos, para a forma escrita, numa Convenção da Havana de 1928 e em outros textos negociados em Montevidéu, nos anos trinta. Mas a exata norma invocada pela Colômbia, a da qualificação unilateral dos pressupostos do asilo pela autoridade asilante, não lhe pareceu oponível ao Peru em face da falta de evidência de que *todas* as repúblicas da região — e em especial a nação demandada — houvessem fomentado esse aspecto particular do instituto do asilo mediante uma prática *aceita como sendo o direito*.

Busca-se, materialmente, a prova do costume em *atos estatais*, não só executivos — via de regra aqueles que compõem a prática diplomática —, mas ainda nos textos legais e nas decisões judiciárias que disponham sobre temas de interesse do direito das gentes.

Versando o tema da nacionalidade em direito internacional público, Paul Weis dizia, com razão, que a concordância das regras de direito interno dos diversos

---

5. *Recueil CIJ* (l950), p. 276-277.

Estados sobre certa matéria *não é suficiente* para criar uma regra de direito internacional costumeiro[6]. Mas o autor terá levado longe demais seu ceticismo ao duvidar de que a análise do direito comparado possa conduzir à afirmação eventual de uma regra costumeira, ou de um princípio geral de direito das gentes. Ian Brownlie, numa crítica clarividente à proposição de Weis, lembrou que muitas vezes é impossível contar com a existência de manifestações diplomáticas dos Estados sobre certos temas, as legislações internas constituindo assim a melhor evidência da opinião geral. No que concerne, por exemplo, ao problema do mar territorial — conta Brownlie —, a prova da prática dos Estados, acessível à Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, consistiu sobretudo em textos legislativos domésticos; e mesmo os comentários que os governos endereçaram à Comissão faziam constante referência aos respectivos direitos nacionais[7].

**62. Prova do costume no plano internacional.** Busca-se ainda a prova do costume na *jurisprudência internacional*[8] e, observada a metodologia própria, até mesmo no teor dos *tratados* e na crônica dos respectivos trabalhos preparatórios. Quando bilaterais, se classificados *ratione materiae*, os tratados permitem a indução de valores costumeiros em temas como a extradição e o traçado de limites fluviais, a título de exemplo. Os grandes textos multilaterais, do gênero "normativo", dificilmente fazem nascer regras escritas a partir do nada: é comum que *declarem* normas costumeiras preexistentes; assim como podem consolidar — lembra Jiménez de Aréchaga — aquele costume encontrado *in statu nascendi*, ou favorecer, mediante dispositivos programáticos, o surgimento ulterior de novos costumes[9]. Parece mesmo que o pioneiro dentre os tratados coletivos, o *Règlement* de Viena, de 1815, sobre aspectos do direito diplomático, não fez mais que trazer à forma escrita regras já admitidas a

---

6. Paul Weis, *Nationality and statelessness in international law*, Londres, Stevens, 1956, p. 98.

7. Ian Brownlie, The relations of nationality in public international law; *BYIL* (1963), v. 39, p. 312.

8. *V.* adiante, nesta primeira parte, o capítulo III, seção I.

9. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional contemporáneo*, Madri, Tecnos, 1980, p. 16.

título costumeiro. Contemporânea, a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, embora tenha inovado proposições desconcertantes — como seu conceito de *jus cogens* e a respectiva aplicação ao direito convencional —, retratou, na maior parte de sua extensão, normas costumeiras de variado porte: algumas universais, antigas e incontestadas; outras mais recentes, ainda em fase de afirmação quando transfiguradas em direito escrito.

Tomando de um texto sem natureza convencional, a *Carta de direitos e deveres econômicos dos Estados*, adotada mediante resolução da Assembleia Geral da ONU, em 12 de dezembro de 1974, Jiménez de Aréchaga procede a uma percuciente seleção, em pontos diversos do documento, de dispositivos que apenas declaram o direito costumeiro existente — assim as regras que garantem a todo Estado a livre escolha de seu sistema político e social, a soberania sobre seus recursos naturais e a prerrogativa de regulamentar os investimentos estrangeiros em sua economia —; de outros que dão alento a normas costumeiras emergentes — quais os relativos aos recursos dos fundos marinhos e à proteção ambiental —; e daqueles, enfim, de perfil programático, propensos a surtir efeito gerador de normas costumeiras — tal o caso dos que prevêem colaboração entre Estados para o controle das empresas transnacionais[10].

**63. Costume e tratado: a questão hierárquica.** Não há desnível hierárquico entre normas costumeiras e normas convencionais. Um tratado é idôneo para derrogar, entre as partes celebrantes, certa norma costumeira. De igual modo, pode o costume derrogar a norma expressa em tratado: em alguns casos desse gênero é comum dizer que o tratado quedou extinto por *desuso*. O Estatuto da Corte da Haia não tencionou ser hierarquizante ao mencionar os tratados antes do costume. É sabido que aqueles primam grandemente sobre este em matéria de *operacionalidade*: todo tratado oferece alto grau de segurança no que concerne à apuração de sua existência, de seu termo inicial de vigência, das partes obrigadas, e do exato teor da norma — expressa articula-

---

10. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional*, cit., p. 42-44.

damente em linguagem jurídica. A apuração da norma costumeira é muitas vezes árdua e nebulosa. Nem por isso, contudo, falta em doutrina quem entenda que o costume é a principal, quando não a única fonte verdadeira do direito das gentes, correspondendo à lei nos sistemas de direito interno, enquanto os tratados equivaleriam, nesse mesmo quadro, a contratos entre particulares[11]. Semelhante tese, mesmo quando não contaminada na raiz pela ideologia colonialista, haveria de rejeitar-se por inconsistência. A sociedade internacional, no estágio contemporâneo, não autoriza essa espécie de analogia com a ordem jurídica doméstica dos Estados.

**64. Costume e tratado: a evolução histórica.** O direito internacional público, até pouco mais de cem anos atrás, foi essencialmente um direito costumeiro. Regras de alcance geral, norteando a então restrita comunidade das nações, havia-as, e supostamente numerosas, mas quase nunca expressas em textos convencionais. Na doutrina, e nas manifestações intermitentes do juízo arbitral, essas regras se viam reconhecer com maior explicitude. Eram elas apontadas como obrigatórias, já que resultantes de uma prática a que os Estados se entregavam não por acaso, mas porque convencidos de sua justiça e necessidade. Vattel, destacando o caráter costumeiro das instituições jurídicas internacionais, no século XVIII, denunciava a modéstia do direito convencional da época, sem outro conteúdo que a especificação de compromissos bilaterais, e sem maior alcance que o atinente à relação tópica entre os Estados contratantes. É uma verdade histórica irrecusável esse contraste plurissecular entre a eminência do costume e a posição subalterna do tratado. Não se pode, no entanto, deixar de perceber quão relativa era a decantada *generalidade* do direito internacional costumeiro. Vattel expirou em 1767, antes que o concerto das "nações civilizadas"

11. *V.* o ponto de vista de *O'Connell*, p. 3-37.

ganhasse terreno, cruzando o Atlântico. Seu direito internacional, qual o da maioria de seus predecessores — e mais que o dos teólogos espanhóis do século XVI —, é concebido sob uma ótica estritamente europeia. Não porque faltassem fora da Europa nações organizadas no molde estatal — e quantas, dentre elas, admiráveis pelo primor das instituições ou pela antiguidade —, mas em razão da atitude muito peculiar que as potências da Europa, a princípio sob o engenhoso argumento da catequese cristã, decidiram adotar frente aos restantes povos.

O passar do tempo — e com ele a crescente extensão geográfica da comunidade de Estados — não teria influência decisiva sobre a vitalidade das vocações eurocêntricas. Charles de Visscher, em sua conhecida obra dos anos cinquenta, dizia não crer que fosse possível a codificação do direito das gentes em plano universal, e extraía desse ceticismo algum regozijo: "A distância entre as concepções jurídicas que se afrontam no seio da Assembleia Geral das Nações Unidas, mesmo quanto aos pontos mais fundamentais, é tal que toda nova iniciativa dessa espécie deve ser considerada perigosa para o progresso do direito internacional"[12]. Ora, a Assembleia Geral das Nações Unidas só não foi um espelho imaculado da comunidade internacional enquanto ali faltaram, por razões variadas, certas unidades nacionais. Mas está claro que as restrições do professor de Visscher àquele órgão não resultavam dessas ausências, senão exatamente do problema inverso, qual seja a dimensão, vista como excessiva, do conjunto de nações habilitadas a marcar presença e a exprimir vontade livre na cena mundial. O autor não fez segredo da apreensão com que via semelhante fenômeno. Há nele, sem dúvida, perigo para o progresso do direito internacional enquanto ciência lavrada em certa confraria acadêmica, numa Europa desfalcada, durante bom tempo, pela defecção do flanco oriental, mas compensada pela extensão ideológica que o processo histórico lhe proporcionara na América do Norte, nas grandes ilhas da Oceania e em certos outros sítios esparsos.

**65. Codificação do direito costumeiro.** A crônica registrou no século XIX, a partir de 1815, a celebração dos primeiros tratados *multilaterais*, aspecto formal de um fenômeno de fundo um

12. Charles de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953, p. 181.

pouco anterior, que fora o uso do mecanismo convencional na exposição de princípios e na enunciação de regras de conduta; um objeto diverso, à evidência, do mero intercâmbio obrigacional entre Estados no plano da bilateralidade. Inventado esse hábil instrumento de expressão escrita do direito das gentes, teria parecido razoável a expectativa de uma codificação em ritmo menos lento que o que desde então passou a marcar tal processo. Afinal, dada a característica de imperatividade das regras costumeiras, que a doutrina insistentemente sublinhava, era de se crer prioritária, no interesse comum, a sua pronta e ampla passagem à forma escrita. Dificuldades sérias não se poderiam contrapor ao esforço coletivo pela transformação, em regras jurídicas articuladas no rigor e na clareza do texto, daquele vultoso acervo de regras jurídicas jamais escritas ou expressamente avençadas, mas que, ainda na voz da melhor doutrina, nem por isso revestiam menor certeza e obrigatoriedade. Ou não era bem assim?

Os percalços e contramarchas do processo de codificação do direito internacional evidenciam, melhor que tudo, a fragilidade operacional de muitas regras puramente costumeiras, das quais a imprecisão parece ser atributo frequente. Imprecisão cujas consequências têm sua gravidade multiplicada quando não mais se trata de deduzir a regra na quietude do labor doutrinário, mas de equacionar a confrontação entre dois ou mais Estados que, em clima de litígio, enunciam-na cada qual a seu modo.

Muito poucos foram os temas cuja passagem do estágio costumeiro ao convencional se operou com exemplar facilidade. Um dos melhores exemplos foi aquele pertinente ao regime e aos privilégios do serviço diplomático e do serviço consular, objeto de minuciosa codificação, em Viena, em 1961 e em 1963[13]. As regras costumeiras, nesse terreno, não careciam de *realidade* nem de *generalidade*.

---

13. Convenção de Viena sobre relações diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (*Col. MRE*, n. 530); Convenção de Viena sobre relações consulares, de 24 de abril de 1963 (*Col. MRE*, n. 550).

Mas sua solidez derivava também, provavelmente, da neutralidade dessa matéria, em termos de política internacional. Não por acaso, o regime jurídico do serviço diplomático fora objeto de alguma codificação incipiente já em 1815[14], numa das experiências mais precoces de emprego da técnica convencional para fins normativos gerais. É ainda comum que cada processo tópico de codificação traga à luz as insuficiências do direito costumeiro preexistente. Assim o asilo diplomático, tal como praticado na América Latina até 1928, era um instituto jurídico de precária dimensão. O texto elaborado na Havana[15] a respeito teria sido humílimo caso se limitasse a dar forma escrita àquilo que já se assentara a título costumeiro. Não foi assim. Os Estados pactuantes preencheram, à lavratura do texto convencional, alguns espaços que até então o costume deixara no branco mais absoluto. O mesmo assunto motivaria novas tratativas no âmbito panamericano, em 1933 e em 1954[16], ditadas pela tendência ao aprimoramento do regime legal do asilo. Sucedeu então algo que o bom-senso já teria feito esperar: maiores as especificações, tanto maior o número de baixas na comunidade contratante, ou de reservas substanciais ao texto.

Fatos contemporâneos, como a dificuldade na construção convencional do direito do mar, e a própria lentidão com que ganhou terreno a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados[17], desnudam ainda melhor a falácia, durante tanto tempo apregoada, de que o costume possa ser encarado em definitivo como fonte prioritária do direito internacional público. A tal extremo chegou, por vezes, o entusiasmo de certas correntes doutrinárias, que não hesitaram em exorcizar a ideia do consentimento tácito como fundamento da norma costumeira, partindo para a mal definida descoberta, nessa norma, de valores objetivos, e acabando por asseverar que o costume se impõe aos novos Estados, independentemente de qualquer argumento que de algum modo os envolva no seu processo de formação. A justificativa dessa tese tem permanecido, até agora, no terreno da tautologia. Mas deplorar a tendência clássica à hipertrofia do costume, consistente sobretudo na outorga descabida — e não raro mal-intencionada — da roupagem de certeza ou de generalidade a regras costumeiras ora controvertidas, ora dotadas de alcance limitado no espaço, não significa, em absoluto, discutir a validade de tais regras quando corretamente apuradas e deduzidas. Nem significa situá-las em plano inferior ao das

---

14. No Congresso de Paz de Viena (1815) adotou-se um "regulamento" versando, em especial, a ordem de precedência no serviço diplomático. Esse texto seria complementado em 1818, no Congresso de Aix-la-Chapelle.

15. Convenção sobre asilo, de 20 de fevereiro de 1928, concluída na Havana, por ocasião da 6ª Conferência Interamericana (*Col. MRE*, n. 21, V).

16. Convenção sobre asilo político, de 26 de dezembro de 1933, Montevidéu, 7ª Conferência Interamericana; Convenção sobre asilo diplomático e Convenção sobre asilo territorial, ambas de 28 de março de 1954, Caracas, 10ª Conferência Interamericana (*Col. MRE*, n. 390 e 515).

17. *V. retro*, § 6.

normas expressas em tratados, bem que reconhecida a estas últimas, em termos de puro pragmatismo, a virtude de melhor se prestarem à aplicação sem incidentes.

**66. Fundamento de validade da norma costumeira.** O tratado, nos termos de uma tese tão antiga quanto incontrovertida, encontra seu fundamento no princípio *pacta sunt servanda*. O Estado há de obedecer a quanto prescrevem os pactos em que ele seja parte justamente porque pactuou, no livre exercício de sua soberania, e aquilo que foi pactuado é para ser cumprido de boa-fé. Com o costume, as coisas haveriam de explicar-se de modo semelhante. Assim, Hugo Grotius viu neles o produto do assentimento dos Estados[18]. Esse entendimento, que Vattel compartilhou, seria prestigiado sobretudo pelas escolas positivistas da Alemanha e da Itália, bem como pelas mais diversas expressões do pensamento jurídico socialista, e por grande número de autores não comprometidos com qualquer escola doutrinária[19]. Outros publicistas, contudo, a partir de Savigny, prefeririam ver no costume uma regra objetiva, *exterior e superior às vontades estatais*[20], conferindo-lhe aura semelhante à do chamado *direito natural*, sem que entretanto demonstrassem a razão por que a norma costumeira, assim compreendida, devesse obrigar Estados nem comprometidos com sua prática, nem convencidos de sua validade como imperativo da razão humana. A teoria consensualista ou voluntarista, no dizer de muitos dos partidários do objetivismo, não explicaria a obrigatoriedade das regras costumeiras para os novos Estados, aqueles que, desde seu acesso à independência, encontrar-se-iam automaticamente comprometidos com todo o acervo consuetudinário preexistente. Não in-

---

18. *Rousseau*, p. 79.

19. *V*., por exemplo, o curso geral de direito internacional público ministrado pelo professor Charles Chaumont na Academia da Haia, em 1970 (*Recueil des Cours* (l970), v. 129, p. 333 e s.).

20. *Rousseau*, p. 79.

formam tais autores, de modo idôneo, a base sobre a qual garantem a existência dessa suposta obrigatoriedade — de resto, incompatível com o princípio da *tabula rasa*, segundo o qual, ao nascer, o Estado encontra diante de si um vazio de obrigações internacionais, a ser preenchido na medida em que consinta sobre regras costumeiras e se ponha a celebrar tratados. Tunkin lembrou, com razão, que todo novo Estado tem o direito de repudiar certas normas consuetudinárias, ponderando, todavia, que seu silêncio, e seu ingresso em relações oficiais com os demais Estados, justificará oportunamente uma presunção de assentimento sobre o direito costumeiro, em tudo quanto não tenha motivado, de sua parte, o protesto, a rejeição manifesta[21].

De fato, o consentimento não há de ser necessariamente expresso. Nas relações internacionais, como nas interpessoais, é razoável admitir a concordância *tácita*, bem assim a validade, em certas circunstâncias, de uma *presunção* do consentimento. Eis por que a tese da oponibilidade de regras costumeiras a novos Estados só configura um disparate quando se pretenda sustentá-la à margem de qualquer argumento que os envolva, de algum modo, na formação de tais regras. Com efeito, Estados novos não surgem abruptamente do nada. O que neles há de novo, a rigor, é o governo independente. O território preexiste, e nele o elemento humano. Jaz aí uma história cuja análise permitirá dizer do envolvimento dessa comunidade, ora alçada à soberania, nas práticas internacionais desenvolvidas pela potência a que até então se vinculavam, ela e seu assento territorial. Em casos, porém, como o da independência de Angola em 1975, não se irá identificar qualquer remota influência da colônia sobre o desempenho externo da antiga metrópole. Vale então aguardar a atitude do novo membro da sociedade internacional sobre alguns institutos de direito costumeiro. Pouco tempo basta, em regra, para que se possa presumir, em relação a quanto não tenha motivado oposição manifesta, o consentimento tácito.

**67. Fundamento do costume: a doutrina e a Corte.** Certos autores objetivistas, embora entendam irrecusavelmente obrigatório para os novos Estados o direito costumeiro preexistente,

21. *Tunkin*, p. 87.

reconhecem aos Estados tradicionais a prerrogativa de manter-se à margem de certa regra costumeira, mediante protesto e outras formas expressas de rejeição. Citam a propósito a decisão da CIJ no caso das *pescarias* (Noruega vs. Reino Unido), onde, depois de reconhecida a existência de certa norma, foi ela dada como não obrigatória para a Noruega, "...já que esta sempre se opôs a qualquer tentativa de aplicá-la à costa norueguesa"[22]. Parece que tais autores — no caso, Michael Akehurst[23] — recusam unicamente *aos novos Estados*, na primeira oportunidade que se lhes depara de externarem sua opinião soberana, o direito de negar aquiescência à norma costumeira, cuja decantada "objetividade" teria assim endereço certo, a exemplo de alguns outros institutos do direito internacional clássico. Paul Guggenheim, quando percebeu que o requisito da *opinio juris* importa, de certo modo, a prova da necessidade do reconhecimento do costume pelo Estado que se pretende obrigado, lançou dúvida sobre a própria necessidade da *opinio juris*, entretanto admitida por seus homólogos[24].

Alfred Verdross insinuou que a vontade da maioria pode impor normas ao conjunto, qual se a sociedade internacional fosse hoje uma versão ampliada das ordens jurídicas domésticas, marcadas pela centralização da autoridade[25]. Rolando Quadri foi mais longe e, pressentindo que a maioria numérica, nos foros internacionais, já não ostentava o perfil de outrora, doutrinou sobre a objetividade — e consequente universalidade — de toda norma costumeira ditada pelas *forças preponderantes* na cena internacional, tanto significando o grupo de Estados qualitati-

---

22. *Recueil CIJ* (1951), p. 131.

23. Michael Akehurst, *A modern introduction to international law*, Londres, Allen & Unwin, 1990, p. 40-41.

24. Paul Guggenheim, *Les deux éléments de la coutume en droit international public*, Études Scelle, Paris, 1950, v. 1, p. 275-280.

25. Alfred Verdross, *Derecho internacional público* (trad. esp. A. Truyol y Serra), Madri, Aguilar, 1969, p. 160-162.

vamente habilitados a exteriorizar seu entendimento e garantir-lhe a eficácia...[26]. O próprio enunciado de semelhantes teses faz supor que seja hoje ocioso contestá-las no domínio da análise jurídica, dada sua congênita e indisfarçada inconsistência.

Julgando o caso *Lotus*, em 1927, a Corte da Haia estatuiu que as normas obrigatórias para os Estados "...resultam de sua vontade livremente expressa em tratados ou de usos geralmente aceitos como expressão de princípios jurídicos"[27]. Muito mais tarde, no caso da Barcelona Traction, a Corte lembrou o conflito de interesses entre duas distintas categorias de Estados no que concerne à teoria e aos desdobramentos da responsabilidade internacional, para concluir que, a propósito, só o assentimento dos interessados teria podido permitir que se desenvolvesse um conjunto unívoco de normas[28].

Alguns autores, não obstante, entreviram no acórdão relativo à *plataforma continental do mar do Norte* um repúdio implícito à tese consensualista[29]. Esse acórdão é anterior, em um ano, ao que a Corte proferiu no caso da *Barcelona Traction.*

## Seção II — PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

**68. Significado original.** O terceiro tópico do rol das fontes no Estatuto da Corte da Haia refere-se aos *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas*. Há alguma evidência de que os redatores do texto, em 1920, pensavam indicar com essa expressão os princípios gerais "aceitos por todas as nações *in foro domestico*, tais como certos princípios de proces-

---

26. Rolando Quadri, Le fondement du caractère obligatoire du droit international public; *Recueil des Cours* (1952), v. 80, p. 625.

27. *Recueil CPJI* (1927), A-10, p. 18.

28. *Recueil CIJ* (1970), p. 48.

29. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional*, cit., p. 34-35.

so, o princípio da boa-fé, e o princípio da *res judicata*" — na conformidade do depoimento de Phillimore[30].

O uso do termo *nações civilizadas*, embora desastrado, não teve intenção discriminatória ou preconceituosa, tal como ficou desde logo esclarecido. A ideia é a de que onde existe ordem jurídica — da qual se possam depreender princípios — existe civilização. Ficam assim excluídas apenas as sociedades primitivas — que, de todo modo, porque não organizadas sob a forma estatal, não teriam como oferecer qualquer subsídio.

**69. Entendimento extensivo.** Hostil a uma série de princípios comuns às ordens internas do Ocidente — como o dos *direitos adquiridos* e o da *justa indenização pela nacionalização de bens estrangeiros* — a escola soviética proporia, com relativo êxito, um conceito mais elaborado e amplo. Cumpriria prestigiar antes de tudo os grandes princípios gerais do próprio direito das gentes na era atual: o da *não agressão*, o da *solução pacífica dos litígios* entre Estados, o da *autodeterminação dos povos*, o da *coexistência pacífica*, o do *desarmamento*, o da *proibição da propaganda de guerra*[31]; sem prejuízo de outros, menos conjunturais, e sempre lembrados em doutrina ocidental, como o da continuidade do Estado[32]. No domínio comum ao direito internacional e às ordens jurídicas domésticas, é virtualmente unânime o abono à validade de princípios ora de direito material, ora de procedimento, todos com grande lastro histórico: *pacta sunt servanda, lex posterior derogat priori, nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*.

**70. Fundamento de validade dos princípios gerais.** Quando por nada mais fosse, por eliminação haveríamos de admitir que

---

30. *V.* Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, Nova York, Macmillan, 1943, p. 610.

31. *Tunkin*, p. 35 e s.

32. *Rousseau*, p. 89.

sobre o *consentimento dos Estados* repousa a validade dos princípios gerais enquanto normas jurídicas. Qual a alternativa? Se se descarta toda inspiração teológica para a ciência do direito, rejeitando-se, *a fortiori,* que da vontade de um grupo seleto de Estados, ou das convicções do olimpo doutrinário, possa promanar norma que obrigue indistintamente toda a sociedade internacional, resulta claro que o fundamento de validade dos princípios gerais não difere, em essência, daquele sobre o qual assentam os tratados e o costume. Dir-se-á que inúmeros dentre esses princípios fluem de modo tão natural e inexorável do espírito humano que não há como situá-los, ao lado do costume e do tratado, no domínio da criação voluntária das pessoas jurídicas de direito das gentes. Essa ideia, aparentemente bem fundada, resulta de uma simplificação primária, pois passa ao largo da importante circunstância de que o consentimento tanto pode ser *criativo* quanto apenas *perceptivo*. Isso determina a distinção entre o direito livre e originalmente forjado pelos Estados e o direito por estes não mais que reconhecido ou proclamado. A propósito, parece que grande parte do vigor da crítica ao pensamento positivista deveu-se à fixação do observador na fórmula relativa a um direito internacional resultante, por inteiro, da vontade dos Estados. O termo *vontade* tem o grave inconveniente de induzir à ideia do consentimento criativo, e tão somente deste. É irrecusável, no entanto, que os Estados vêm consentindo secularmente em torno de normas que lhes parecem, por um lado, advindas de um domínio diverso daquele de sua própria e discricionária inventividade e, por outro — e consequentemente —, imunes ao seu poder de manipulação. Numa perspectiva operacional, não chega a ser importante distinguir, entre os princípios gerais, os que são pura decorrência da razão humana — ou, caso se prefira, da lógica jurídica — e os que repousam, ademais, ou exclusivamente, sobre um valor ético.

Tome-se como exemplo, de início, a regra *nemo plus juris*. Dizer que ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que possui ele próprio é o mesmo que

dizer que ninguém pode dividir um todo em três metades, ou em cinco quartas--partes. Essa consistência puramente lógica marca ainda, entre outras figuras notórias em direito, a exceção de litispendência, e as regras segundo as quais o desacordo entre dois textos normativos, emanados do mesmo poder legiferante, deve ser resolvido mediante a prevalência do particular sobre o geral, e do posterior sobre o anterior. A razão cede espaço ora menor, ora maior, ao senso ético das criaturas humanas, e com ele coexiste no embasamento de princípios como o *pacta sunt servanda*, o do contraditório, o da responsabilidade, o da condenação do abuso de direito.

## Seção III — ATOS UNILATERAIS

**71. Controvérsia.** O art. 38 do Estatuto da Corte não menciona os atos unilaterais entre as fontes possíveis do direito internacional público. Poucos são os autores que lhes concedem essa qualidade, sendo comum, de outro lado, a lembrança de que eles não representam *normas*, porém meros *atos jurídicos*. Essa observação parece verdadeira quando pretenda referir-se a atos unilaterais do gênero da notificação, do protesto, da renúncia ou do reconhecimento. Não há, efetivamente, em tais atos qualquer aspecto normativo, marcado por um mínimo de abstração e generalidade. É óbvio, entretanto, que esses atos produzem consequências jurídicas — criando, eventualmente, obrigações —, tanto quanto as produzem a ratificação de um tratado, a adesão ou a denúncia.

No caso do *estatuto jurídico da Groenlândia Oriental*, conhecido, ainda, como o caso da *declaração Ihlen*, a Corte Permanente de Justiça Internacional estatuiu, em 1933, que o reino da Noruega estava juridicamente obrigado, ante a Dinamarca, por uma declaração oral de seu ministro das relações exteriores ao embaixador dinamarquês, registrada em notas — e não negada ou discutida, ademais, pelo próprio Sr. Ihlen ou por seu governo. Tal como se um tratado o estabelecesse, a Noruega se encontrava obrigada a "não criar dificuldades" frente ao plano dinamarquês de solução do caso da Groenlândia, porque assim garantira o ministro Ihlen ao representante diplomático do governo de Copenhague.

Esse precedente judiciário já foi invocado em abono de uma tese errônea, a da praticabilidade de "tratados orais". Não houve ali um tratado — nem o disse ou

insinuou a Corte —, mas ato unilateral do gênero da promessa, tornada irretratável em face de sua pronta aceitação pelo destinatário e das medidas desde então tomadas por este[33].

**72. Ato e norma.** Todo Estado, entretanto, pode eventualmente produzir ato unilateral de irrecusável *natureza normativa*, cuja abstração e generalidade sirvam para distingui-lo do ato jurídico simples e avulso. Nesta categoria, de resto, inscrevem-se as centenas de diplomas legais que se promulgam, a cada dia, no interior das diversas ordens jurídicas nacionais, e que, na sua quase totalidade, não interessam ao direito das gentes. É certo, contudo, que o ato normativo unilateral — assim chamado por promanar da vontade de uma única soberania — pode casualmente voltar-se para o exterior, em seu objeto, habilitando-se à qualidade de fonte do direito internacional na medida em que possa ser invocado por outros Estados em abono de uma vindicação qualquer, ou como esteio da licitude de certo procedimento. Tal é o caso das leis ou decretos com que cada Estado determina, observados os limites próprios, a extensão de seu mar territorial ou de sua zona econômica exclusiva, o regime de seus portos, ou ainda a franquia de suas águas interiores à navegação estrangeira.

Com o Decreto imperial n. 3.749, de 7 de dezembro de 1866, o Brasil franqueou as águas do Amazonas à navegação comercial de todas as bandeiras, instaurando um regime até hoje subsistente em suas linhas gerais. O Estado patrial de uma embarcação acaso molestada naquele trânsito por autoridades brasileiras haveria de fundar sua reclamação na lei brasileira assecuratória da liberdade de acesso ao Amazonas. Não existe, com efeito, qualquer tratado, ou norma costumeira, ou princípio geral de direito, que autorize o trânsito de naus egípcias ou finlandesas em águas interiores do Brasil.

---

33. *V*. comentário em *McNair*, p. 9-10. Para uma narrativa extensa do caso, e de seu deslinde na CPJI, *v.* Paul de Visscher, *De la conclusion des traités internationaux*, Bruxelas, Bruylant, 1943, p. 193-201.

## Seção IV — DECISÕES DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

**73. Ainda a controvérsia.** Tampouco as decisões das organizações internacionais figuram no rol das formas de expressão do direito das gentes, tal como concebido no art. 38 do Estatuto da Corte da Haia. Poder-se-ia debitar esta omissão à circunstância de que o rol foi originalmente lavrado em 1920, quando apenas começava a era das organizações internacionais, e copiado — sem maior ânimo de aperfeiçoamento ou atualização — em 1945. Sucede, de todo modo, que os autores frequentemente não mencionam essas decisões no estudo das fontes do direito internacional, ou fazem-no para apontar como duvidosa sua autonomia: afinal, a autoridade de uma decisão tomada no âmbito de qualquer organização resulta, em última análise, do tratado institucional[34].

Isto lembra de certo modo a crítica também oposta aos atos unilaterais, que, mesmo quando normativos e de notória repercussão internacional, careceriam da qualidade de fonte autônoma. Assim, o verdadeiro fundamento da licitude do trânsito de um navio egípcio pelas águas do Amazonas não seria a lei brasileira de franquia, mas um possível princípio geral ou norma costumeira mandando a todo Estado que honre suas promessas, ou proceda de acordo com suas proclamações voltadas para o meio exterior. Dir-se-ia, sob esta ótica, que o Estado que procede na conformidade de certa diretriz obrigatória, editada por organização internacional a que pertence, está na realidade obedecendo ao tratado constitutivo da organização, em cujos termos opera o sistema de produção de diretrizes obrigatórias.

---

34. *V.*, nesse sentido, a opinião de Michael Akehurst, *A modern introduction to international law*, Londres, Allen & Unwin, 1990, p. 48. *V.* também a análise de *O'Connell*, p. 25-29.

Por esse caminho crítico, entretanto, seríamos levados a avançar progressivamente até a afirmativa de que mesmo o tratado não é fonte de direito internacional: em última análise, os Estados procedem à luz de quanto pactuaram, não por qualquer virtude mística do próprio texto convencional, mas por força do princípio *pacta sunt servanda* — sendo este, para alguns, a própria norma fundamental do direito das gentes, e para outros, seu desdobramento imediato.

*Pacta sunt servanda* foi, para Dionisio Anzilotti, a norma fundamental, de que todo o direito internacional público recolhe sua validade[35]. Hans Kelsen, o mais notável expoente dessa concepção piramidal da ordem jurídica, preferiu formular a *Grundnorm* — a norma superior, necessariamente uma hipótese jurídica, e não um princípio metajurídico — de modo diverso[36]. Para ele, *pacta sunt servanda* é uma regra costumeira eminente, de que deriva a obrigatoriedade dos tratados. A validade dessa, e de outras grandes regras costumeiras, resulta da verdadeira norma fundamental, assim concebida: "os Estados devem comportar-se como se têm comportado costumeiramente"[37].

**74. Nomenclatura e eficácia.** Resoluções, recomendações, declarações, diretrizes: tais os títulos que usualmente qualificam as decisões das organizações internacionais contemporâneas, variando seu exato significado e seus efeitos conforme a entidade de que se cuide. Muitas dessas normas obrigam a totalidade dos membros da organização, ainda que adotadas por órgão sem representação do conjunto, ou por votação não unânime em plenário. É certo, porém, que tal fenômeno somente ocorre no domínio das decisões procedimentais, e outras de

35. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4. ed., Pádua, CEDAM, 1955, v. 1, p. 44-45.

36. Kelsen, Théorie du droit international public; *Recueil des Cours* (1953), v. 84, p. 29.

37. Para uma descrição do pensamento kelseniano por discípulo modelar do mestre da escola de Viena, *v*. Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, Madri, Aguilar, 1969, p. 20 e s. Como crítica à teoria da norma fundamental, *v*. especialmente *Accioly*, I, p. 22 e s., e *Tunkin*, p. 134 e s.

escasso relevo. No que concerne às decisões importantes, estas só obrigam quando tomadas por voz unânime, e, se majoritárias, obrigam apenas os integrantes da corrente vitoriosa, tanto sendo verdadeiro até mesmo no âmbito das organizações europeias, as que mais longe terão levado seu nível de aprimoramento institucional.

As *recomendações* votadas na CECA e as *diretrizes* da CEE tinham efeito obrigatório para todos os membros dessas comunidades, embora dispusessem sempre sobre temas não primordiais, cuidadosamente definidos pelos tratados institucionais[38]. De outro lado, porque só qualificadas para vincular a maioria, muitas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas deram ensejo ora à indiferença, ora ao firme protesto dos Estados minoritários. O velho caso das intervenções no Congo e no Oriente Médio seria evidência bastante da relatividade das recomendações da Assembleia Geral. Na OEA, em assembleia de 24 de abril de 1963, discutiu-se projeto de autorização ao Conselho para que investigasse atividades e operações comunistas no continente. O Brasil, havendo votado pela negativa, quedaria excluído do alcance de tal projeto. Ainda na OEA, em 3 de agosto de 1964, o México rejeitava, com voto isolado, a recomendação de rompimento geral de relações diplomáticas com Cuba.

**75. Natureza jurídica. Autonomia.** Transparece, vez por outra, alguma dificuldade em estabelecer exata distinção entre as decisões das organizações internacionais e os tratados coletivos, sobretudo quando o estudioso se defronta com textos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948. Cuida-se de saber se, ainda que só no contexto dos Estados majoritários, por ela obrigados, a decisão organizacional tem natureza jurídica igual ou semelhante à de um tratado.

Parece claro que não. É no mínimo impróprio encarar uma decisão desse tipo como um "acordo formal entre sujeitos de direito das gentes". Tomemos, de preferência, a organização

38. *V.* Paul Reuter, *Institutions internationales*, Paris, PUF, 1967, p. 205.

internacional na sua qualidade de sujeito *singular* daquele direito. Dentro da organização, certo *órgão*, no uso de sua competência, deliberou alguma coisa. A eficácia legal desse produto se mede à luz do sistema constitucional da organização. Pode haver obrigatoriedade, assim, tanto numa decisão personalíssima do secretário-geral quanto numa decisão da assembleia, ou de um conselho especializado. O Estado membro da organização, de todo modo, não irá recolher obrigações de um "acordo formal" que tenha celebrado com seus homólogos, mas da força compulsiva de quanto haja regularmente decidido o órgão daquela organização internacional, cujos mecanismos jurídicos ele, Estado, ajudou a engendrar, e considera válidos na sua integralidade. O fundamento dessas obrigações não terá sido, pois, nenhum acordo avulso, depreensível da acidentalidade de ter a decisão nascido de um órgão colegiado. Nada, aliás, melhor ilustra esse raciocínio que a lembrança daquelas decisões organizacionais *majoritárias* que obrigam *todos* os Estados-membros. Nesse contexto, a posição do Estado vencido destrói a ideia da analogia ao acordo formal: não havendo aquiescido, está ele, não obstante, vinculado àquilo que a decisão realmente é, vale dizer, um ato normativo obrigatório, editado pela organização, de cujos estatutos promana sua legitimidade.

Ainda aqui — como nos demais setores do direito das gentes —, tudo repousa sobre o consentimento. Só que já não se trata de um consentimento *ad hoc*, voltado para a assunção do compromisso tópico, mas daquele outro, maior e prévio, externado à hora de se ditarem em comum, pela voz dos Estados fundadores, as regras do jogo organizacional.

# Capítulo III

# INSTRUMENTOS DE INTERPRETAÇÃO E DE COMPENSAÇÃO

**76. Proposição da matéria.** Visto que o *caput* do art. 38 do Estatuto da Corte da Haia não anuncia uma lista rigorosa das fontes do direito internacional, antes parecendo introduzir o leitor, em linguagem plástica, a um rol de meios que a Corte empregará no deslinde dos feitos, foi possível que seus redatores mencionassem, depois dos tratados, do costume e dos princípios gerais, "as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito". Um parágrafo conclusivo preserva "a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem".

Jurisprudência e doutrina, entretanto, não são formas de expressão do direito, mas instrumentos úteis ao seu correto entendimento e aplicação. A equidade, por seu turno, aparece ao lado da analogia como um método de raciocínio jurídico, um critério a nortear o julgador ante a insuficiência do direito ou a flagrância de sua imprestabilidade para o justo deslinde do caso concreto.

## Seção I — JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA

**77. O juiz não legisla.** A sentença, ensinam os processualistas, exprime ante as partes um comando imperativo de conduta. Tan-

to faria dela, no dizer de alguns, uma *norma*, e uma norma irrecusavelmente jurídica, porque apoiada em bom direito. Usando de semelhante linguagem acabaríamos por afirmar que também são normas jurídicas a ordem de serviço dada pelo gerente ao empregado no comércio, ou a proibição do passeio imposta pela mãe à filha menor. Contudo, norma jurídica em sentido estrito é aquela que mostra as características da abstração e da generalidade. Exprimem-na, em direito internacional público, os tratados, os costumes, os princípios gerais, certos atos unilaterais e decisões de organizações internacionais, e nada além dessas categorias. O juiz não tem qualidade — nem pretende tê-la — para elaborar normas, senão para aplicá-las ao caso concreto que se lhe submete. Tampouco têm vocação legislativa os autores do acervo doutrinário, antes votados ao encargo de fazer entender o direito existente, e acaso projetar e propor, ao legislador futuro, um direito melhor. Essas realidades elementares tanto são válidas no âmbito da ordem jurídica internacional quanto no das ordens internas. Veremos, todavia, que enquanto instrumentos de boa interpretação da norma jurídica a jurisprudência e a doutrina têm, no plano internacional, importância acentuadamente maior que no direito nacional de qualquer Estado.

**78. Determinação do teor das normas não escritas.** As imperfeições do direito respondem pela utilidade instrumental da jurisprudência e da doutrina. Fosse exata e unívoca a norma jurídica, sua aplicação prescindiria de todo esforço hermenêutico apoiado na lição dos publicistas ou na fala dos tribunais que outrora enfrentaram casos semelhantes. É a eventual inconsistência, a obscuridade, a ambiguidade da regra de direito que impõe ao intérprete o uso daqueles recursos. Ora, esses defeitos da norma jurídica são tanto maiores quanto a dimensão, no ordenamento em exame, do direito não escrito. Se estritamente convencional — vale dizer, expresso no texto dos tratados — fosse o direito das gentes, jurisprudência e doutrina representariam

valor menor que o que se lhes reconhece no direito interno dos países de tradição romano-germânica. Em direito internacional, porém, é incalculável o volume das normas que ainda hoje, apesar do relativo êxito de alguns processos de codificação, subsistem a título estritamente costumeiro; assim como não há medida para a importância dos princípios gerais que, também não escritos, reclamam correta determinação, lançando o intérprete na contingência de reconhecer a necessidade do apoio pretoriano e doutrinário. Com efeito, à hora de fazer valer corretamente o princípio geral do direito ou a regra costumeira, a situação do intérprete é radicalmente diversa daquela, bem mais cômoda, em que ele próprio, ante um texto normativo que se pretende lavrado em linguagem jurídica, pode cogitar de ir a bom termo valendo-se apenas do texto e de suas próprias luzes.

**79. Que jurisprudência?** As decisões judiciárias a que se refere o art. 38 do Estatuto da Corte da Haia não são as proferidas no foro cível de Marselha ou nas instâncias trabalhistas de São Paulo, mas as componentes da *jurisprudência internacional.* Tanto significa, em sentido estrito, o conjunto das decisões arbitrais que se têm proferido, há séculos, no deslinde de controvérsias entre Estados; e ainda o conjunto das decisões judiciárias proferidas, com igual propósito, a partir do início do século XX[1]. Um conceito elástico de jurisprudência internacional permitiria que se levassem em conta, quando pertinentes, os pareceres proferidos pela Corte da Haia no exercício de sua competência consultiva; bem como o produto não obrigatório das instâncias diplomáticas — laudos, pareceres e relatórios de mediadores ou comissões de conciliação. Esta segunda categoria, entretanto, é

1. A primeira sentença da Corte de Justiça Centro-Americana data de 19 de dezembro de 1908; foi proferida num litígio que opôs, de um lado, Honduras e Nicarágua, e, de outro, El Salvador e Guatemala. No plano universal, a Corte da Haia só começaria a funcionar em 1922, sob o nome de Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI).

de aproveitabilidade mais que discutível: ao contrário dos entes jurisdicionais, as instâncias diplomáticas — a exemplo do que sucede com o Conselho de Segurança da ONU e outros foros políticos — não têm, por natureza, compromisso necessário com o primado do direito, votando-se apenas à pronta e efetiva composição do litígio, para preservação do clima de paz entre as partes.

As decisões judiciárias nacionais, como foi dito, não se aproveitam no plano internacional a título de jurisprudência. Sua consideração pode ao acaso ser útil, na medida em que a convergência das convicções reinantes em foros domésticos sobre certo tema de direito internacional sirva como elemento auxiliar à prova da existência de certa norma internacional costumeira.

**80. Doutrina: a difícil sintonia.** Quando os redatores do Estatuto da Corte da Haia concederam a qualidade de meio auxiliar para a determinação das regras de direito à "doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações", estavam a prestigiar um instrumento homogêneo em suas grandes linhas. Mal assentara ainda, em 1920, a poeira levantada pela revolução russa, e em parte alguma daquilo que mais tarde viria a chamar-se o terceiro mundo surgira algum sinal expressivo de abordagem crítica[2]. A doutrina existente era assim a expressão de um pensamento eurocêntrico, em regra preconceituoso e colonialista. A escola soviética importaria teses inéditas a todos os ramos da ciência do direito, e mais tarde, gradualmente, passar-se-iam a produzir no hemisfério sul, sobre temas elementares em direito das gentes, ideias destoantes do breviário clássico. Hoje não é mais comum que sobre qualquer questão tópica exista o con-

---

2. A afirmação diz respeito à doutrina no sentido estatutário, ou seja, à obra acadêmica dos grandes publicistas. O que se chamou, ao final do século XIX, de "doutrina Calvo" foi a expressão de uma atitude de governos latino-americanos, inspirada em proposição oficial do estadista argentino daquele nome.

forto da convergência doutrinária. Mas, justamente por isso, tornou-se inestimável o valor de qualquer tese que tenha podido reunir o abono das grandes correntes contemporâneas. Afinal, mesmo no interior de cada uma delas, a identidade de pontos de vista costuma faltar com alguma frequência. Entre os europeus ocidentais, notadamente, encontram-se ainda expoentes retardatários daquele direito internacional da era do concerto, de ranço impalatável, a coexistir com espíritos arejados e universais. Na hora presente, toda tese que obtenha o consenso doutrinário é de ser vista como segura, seja no domínio da interpretação de uma regra convencional, seja naquele da dedução de uma norma costumeira ou de um princípio geral do direito.

## Seção II — ANALOGIA E EQUIDADE

**81. Métodos de raciocínio jurídico.** Já não se cuida, aqui, de instrumentos úteis à correta interpretação da norma jurídica existente, mas de meios para compensar seja a inexistência da norma, seja sua evidente falta de préstimo para proporcionar ao caso concreto um deslinde minimamente justo. Analogia e equidade são métodos de raciocínio jurídico: não é exato, pois, que a segunda configure uma fonte alternativa de direito, nem que a primeira represente um recurso de apoio hermenêutico. O uso da analogia consiste em fazer valer, para determinada situação de fato, a norma jurídica concebida para aplicar-se a uma situação semelhante, na falta de regra que se ajuste ao exato contorno do caso posto ante o intérprete. O método, assim, é de compensação integrativa, e seu uso encontra certas limitações em direito internacional — tal como as encontra em direito interno. Neste, é geralmente sabido que não se pode, por analogia, qualificar como criminoso certo ato humano de configuração não idêntica — embora semelhante — àquela do ato descrito em norma penal. Em direito das gentes não se podem construir, pelo método analógico, restrições à soberania, nem hipóteses de

submissão do Estado ao juízo exterior, arbitral ou judiciário. Na realidade, será difícil encontrar referência nominal à analogia no trabalho dos foros internacionais de variada natureza, mas é certo que esse método foi prestigiado, repetidas vezes, à hora de se definirem, por exemplo, as competências de organizações internacionais — notadamente quando se reconheceu à ONU a prerrogativa de conferir proteção funcional a seus agentes, no parecer da CIJ relacionado com o caso Bernadotte[3].

**82. Entendimento da equidade.** Parece generalizada a convicção de que a equidade pode operar tanto na hipótese de insuficiência da norma de direito positivo aplicável quanto naquela em que a norma, embora bastante, traz ao caso concreto uma solução inaceitável pelo senso de justiça do intérprete. Cuida-se, então, de decidir à luz de normas outras — mais comumente de princípios — que preencham o vazio eventual, ou que tomem o lugar da regra considerada iníqua ante a singularidade da espécie. Não é, pois, a própria equidade que substitui a norma faltante ou imprópria, qual se aquela, em vez de método, fosse ela mesma uma norma substantiva de ilimitado préstimo.

O Estatuto da Corte da Haia é claro ao dispor, no segundo parágrafo do art. 38, que o recurso à equidade depende da aquiescência das partes em litígio. Defrontando-se, pois, seja com a flagrante impropriedade, seja — o que é bem mais comum em direito internacional — com a insuficiência das normas aplicáveis à espécie, a Corte não poderá decidir à luz da equidade por sua própria vontade. A autorização das partes é de rigor.

Essa restrição estatutária fez com que a Corte lamentasse, no caso *Haya de la Torre*, a transparente e inevitável inconcludência operacional de seu acórdão. Da Convenção da Havana,

3. *Recueil CIJ* (1949), p. 174 e s.

de 1928, sobre asilo diplomático, resultava claro que dois são os pressupostos de sua concessão: a *natureza política* dos delitos imputados ao paciente e o *estado de urgência*. Por entender — vencidos diversos juízes — que faltara, no caso concreto, o segundo pressuposto, a Corte qualificou como irregular o asilo concedido a Victor Raúl Haya de la Torre pela embaixada da Colômbia em Lima, nos primeiros dias de 1949. Sucede que a Convenção, sucinta e precária, só dizia da obrigação de entregar o paciente ao governo territorial quando se cuidasse de criminoso comum, ou seja, quando o asilo se mostrasse irregular pela falta do seu primeiro pressuposto. O método analógico poderia ter conduzido à conclusão de que igual desfecho deveria dar-se ao asilo irregular pelo segundo motivo. Seu emprego, entretanto, não foi sequer cogitado pela Corte: é natural que se despreze toda analogia operante em detrimento da liberdade humana. Se autorizada pelas partes a decidir *ex aequo et bono*, a Corte teria provavelmente determinado a expedição de um salvo-conduto que pusesse termo ao impasse. Sem ter como fazê-lo, a Corte concluiu que o asilo, pela falta do pressuposto da urgência, era irregular, e desse modo *devia ter fim*, mas a embaixada colombiana não estava obrigada a entregar o paciente às autoridades locais. O acórdão pareceu inexequível, e, antes que uma composição política solvesse o problema, Haya de la Torre permaneceria três anos no interior da embaixada...[4].

---

4. Do voto vencido do juiz Philadelpho Azevedo no acórdão de 20 de novembro de 1950: "Mas as duas Partes, embora tenham dirigido prementes apelos à Corte para que resolvesse o conflito, não lhe forneceram meios para chegar a uma solução independente, como ela teria podido fazer nos termos do artigo 38, parágrafo 2, do Estatuto (julgamento *ex aequo et bono*). Pelo contrário, as Partes limitaram a ação da Corte, indicando somente os dados jurídicos aplicáveis à espécie". (*Recueil CIJ* (1950), p. 357). *V*. também o acórdão de 27 de novembro de 1950, tomado sobre embargos declaratórios da Colômbia (*Recueil CIJ* (1950), p. 394-404); e o acórdão de 13 de junho de 1951, último relacionado ao caso *Haya de la Torre* (*Recueil CIJ* (1951), p. 71 e s.).

# Parte II

# PERSONALIDADE INTERNACIONAL

**83. Estados e organizações internacionais.** Pessoas jurídicas de direito internacional público são os *Estados soberanos* (aos quais se equipara, por razões singulares, a Santa Sé) e as *organizações internacionais* em sentido estrito. Aí não vai uma verdade eterna, mas uma dedução segura daquilo que nos mostra a cena internacional contemporânea. Não faz muito tempo, essa qualidade era própria dos Estados, e deles exclusiva. Hoje é certo que outras entidades, carentes de base territorial e de dimensão demográfica, ostentam também a personalidade jurídica de direito das gentes, porque habilitadas à titularidade de direitos e deveres internacionais, numa relação imediata e direta com aquele corpo de normas. A era das organizações internacionais trouxe à mente dos operadores dessa disciplina uma reflexão já experimentada noutras áreas: os sujeitos de direito, em determinado sistema jurídico, não precisam ser idênticos quanto à natureza ou às potencialidades[1].

A personalidade jurídica do Estado, em direito das gentes, diz-se *originária*, enquanto *derivada* a das organizações. O Estado, com efeito, não tem apenas precedência histórica: ele é antes de tudo uma realidade física, um espaço territorial sobre o qual vive uma comunidade de seres humanos. A organização

1. O termo *sujeito* é ambivalente. Aqui ele significa o ator, o agente, como em gramática o sujeito de uma frase. Mas se o entendêssemos como significando "subordinado", ele não serviria para qualificar o Estado perante o direito internacional, uma ordem que é até hoje de coordenação, não de subordinação (*v.* a análise de François Rigaux em *A lei dos juízes*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 7). São várias as línguas em que é a mesma a palavra para *sujeito* e para *subordinado* ou *súdito*.

internacional carece dessa dupla dimensão material. Ela é produto exclusivo de uma elaboração jurídica resultante da vontade conjugada de certo número de Estados. Por isso se pode afirmar que o tratado constitutivo de toda organização internacional tem, para ela, importância superior à da constituição para o Estado. A existência deste último não parece condicionada à disponibilidade de um diploma básico. O Estado é contingente humano a conviver, sob alguma forma de regramento, dentro de certa área territorial, sendo certo que a constituição não passa do cânon jurídico dessa ordem. A organização internacional, de seu lado, é apenas uma realidade jurídica: sua existência não encontra apoio senão no tratado constitutivo, cuja principal virtude não consiste, assim, em disciplinar-lhe o funcionamento, mas em haver-lhe dado vida, sem que nenhum elemento material preexistisse ao ato jurídico criador.

**84. Indivíduos e empresas.** Não têm personalidade jurídica de direito internacional os *indivíduos*, e tampouco as *empresas*, privadas ou públicas. Há uma inspiração generosa e progressista na ideia, hoje insistente, de que essa espécie de personalidade se encontra também na pessoa humana — de cuja criação, em fim de contas, resulta toda a ciência do direito, e cujo bem é a finalidade primária do direito. Mas se daí partimos para formular a tese de que a pessoa humana, além da personalidade jurídica que lhe reconhecem o direito nacional de seu Estado patrial e os dos demais Estados, tem ainda — *em certa medida*, dizem alguns — personalidade jurídica de direito internacional, enfrentaremos em nosso discurso humanista o incômodo de dever reconhecer que a empresa, a sociedade mercantil, a coisa juridicamente inventada com o ânimo do lucro à luz das regras do direito privado de um país qualquer, também é — e em maior medida, e há mais tempo — uma personalidade do direito das gentes.

A percepção do indivíduo como personalidade internacional pretende fundar-se na lembrança de que certas normas internacionais criam direitos para as pessoas, ou lhes impõem deveres. É preciso lembrar, entretanto, que indivíduos e empresas — diversamente dos Estados e das organizações — não se envolvem, a título próprio, na produção do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com essa ordem.

Muitos são os textos internacionais votados à proteção do indivíduo. A flora e a fauna também constituem objeto de proteção por normas de direito das gentes, sem que se lhes tenha pretendido, por isso, atribuir personalidade jurídica. É certo que indivíduos e empresas já gozam de personalidade em direito interno, e que essa virtude poderia repercutir no plano internacional na medida em que o direito das gentes não se teria limitado a protegê-los, mas teria chegado a atribuir-lhes a titularidade de direitos e deveres — o que é impensável no caso de coisas juridicamente protegidas, porém despersonalizadas, como as florestas ou os cabos submarinos.

Para que uma ideia científica — e não simplesmente declamatória — da personalidade jurídica do indivíduo em direito das gentes pudesse fazer algum sentido, seria necessário pelo menos que ele dispusesse da prerrogativa ampla de reclamar, nos foros internacionais, a garantia de seus direitos, e que tal qualidade resultasse de norma geral. Isso não acontece. Os foros internacionais acessíveis a indivíduos — tais como aqueles, ainda mais antigos e numerosos, acessíveis a empresas — são-no em virtude de um compromisso estatal tópico, e esse quadro pressupõe a existência, entre o particular e o Estado copatrocinador do foro, de um vínculo jurídico de sujeição, em regra o vínculo de nacionalidade. Se a Itália entendesse de retirar-se da União Europeia, particulares italianos não mais teriam acesso à Corte de Luxemburgo, nem cidadãos ou empresas de outros países comunitários ali poderiam cogitar de demandar contra aquela república.

Por outro lado, é ainda experimental a ideia de que o indivíduo tenha deveres diretamente impostos pelo direito internacional público, independentemente de qualquer compromisso que vincule seu Estado patrial ou seu Estado de residência. Numa circunstância excepcionalíssima, o segundo após-guerra, o Tribunal Inter-

nacional de Nuremberg entendeu de estatuir o contrário, para levar a cabo o julgamento e a condenação de nazistas. Ali, a tese de que os indivíduos podem cometer crimes suscetíveis de punição pelo direito internacional, apesar da licitude de sua conduta ante a ordem jurídica interna a que estivessem subordinados, não foi a única a merecer crítica, em doutrina, por sua falta de base científica[2]. Nuremberg não constitui jurisprudência, em razão de sua exemplar singularidade. O produto daquele tribunal não prova o argumento de que o direito das gentes imponha diretamente obrigações ao indivíduo. Prova apenas que, em determinadas circunstâncias, a correta expressão do raciocínio jurídico pode resultar sacrificada em face de imperativos de ordem ética e moral[3].

**85. Réus em foro internacional.** No caso de Nuremberg nunca se poderá negar o peso do imperativo ético que impôs o sacrifício de certos princípios elementares de direito penal. As coisas são um pouco menos unívocas quando se têm em vista os tribunais penais criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para julgar "violações graves do direito humanitário" cometidas na ex-Iugoslávia e em Ruanda[4]. Se se abstrai, entretanto, a nebulosa motivação da escolha desses dois cenários (entre tantos outros onde, desde o final da última grande guerra, o direito internacional humanitário foi violado), o fato é que à luz do direito esses foros internacionais são no mínimo defensáveis. De início, porque o Conselho de Segurança tem autoridade para criá-los — sem qualquer ato da Assembleia Geral —, desde que o faça, como fez nos dois casos, com base no capítulo VII da Carta da ONU, que fala da ação a empreender em face de uma *ameaça à paz* (tenha-se em conta o enorme conteúdo possível dessa expressão, e o juízo político que o Conselho se pode permitir a respeito). Depois, porque as práticas em questão foram definidas como crimes em textos internacionais que os

---

2. *V*. Claude Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1971, p. 146 e s.

3. Para uma análise atual e ampla do problema da personalidade jurídica de direito internacional, e da controvérsia reinante nesse domínio, *v*. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Mathias Forteau e Alain Pellet, *Droit international public*, 8. ed., Paris, LGDJ, 2010, p. 443 e s.

4. Resoluções 808 de 1993 e 955 de 1994, respectivamente.

países onde ocorreram haviam incorporado ao seu direito interno (inúmeros países o fizeram, ao adotar as convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977). Assim, não há dúvida quanto à tipicidade penal desses atos, nem quanto à anterioridade das normas penais. Dentro desse quadro e visto que, por razões diversas, os países onde ocorreram os crimes não se encontravam habilitados a promover o respectivo processo, uma jurisdição internacional *ad hoc* podia assumir o encargo. De resto, todo e qualquer outro Estado, senhor da definição do âmbito de sua competência penal, pode, sem afronta aos valores que inspiram normalmente esse domínio da ordem jurídica, afirmar jurisdição residual sobre crimes previstos em tratados. Isso não dependeria, nos casos concretos em exame, da aquiescência da Iugoslávia ou de Ruanda (o governo deste último país, por acaso, foi aquiescente). E em todo caso a *captura* de cada réu depende rigorosamente, para ser legítima, do consentimento do Estado onde ele se encontra — e que poderia eventualmente não estar obrigado por nenhum compromisso internacional a realizar a captura ou a conceder a extradição.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia funciona na Haia; seus quatorze juízes são eleitos pela Assembleia Geral da ONU a partir de listas preparadas pelo Conselho de Segurança, e o mandato é de quatro anos. O procurador, titular da ação penal em todos os casos, é eleito pelo Conselho. O tribunal se divide em duas câmaras de primeira instância e uma de apelação, não havendo foro exterior de recurso. A pena máxima possível é a prisão perpétua. Ao final de 2004 o Tribunal havia já examinado processos relativos a pouco mais que uma centena de acusados, e proferido cerca de cinquenta decisões, sendo cinco absolutórias, desde sua instalação em 1993.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi instalado em Arusha, na Tanzânia, e sua composição e funcionamento se assemelham aos da instituição precedente, em proporções menores. No final de 2004 esse tribunal havia proferido vinte e oito sentenças, condenatórias em sua maioria.

O Tribunal Penal Internacional instalou-se na Haia em 2003, quando entrou em vigor a Convenção de Roma de 17 de julho

de 1998, vinculando de início sessenta Estados ratificantes ou aderentes. São vários os pontos que distinguem essa corte das experiências penais precedentes.

É uma instituição judiciária permanente, criada, como uma organização internacional, pela vontade dos Estados fundadores, e dotada, fato raro, de personalidade jurídica própria (o usual é que as cortes sejam órgãos, permanentes ou temporários, de organizações internacionais). Julgará indivíduos, por crimes de extrema gravidade, todos definidos no próprio estatuto (que é o tratado de Roma). A jurisdição *ratione temporis* só se exerce sobre crimes posteriores à entrada em vigor do tratado, embora diversas das práticas ali tipificadas já o houvessem sido antes, em termos muito semelhantes, por outros tratados: assim, o *genocídio*, os *crimes de guerra*, os *crimes contra a humanidade* de que são exemplos o extermínio, a redução à escravatura, a deportação forçada, a tortura. Não há limites geográficos ou circunstanciais como os dos foros de Nuremberg, da Iugoslávia ou de Ruanda. O procedimento investigatório e a ação penal estão a cargo de um procurador eleito, a exemplo dos juízes, pela assembleia dos Estados partes no tratado de Roma. A jurisdição internacional se afirma complementar: isso não significa apenas a observância da regra *non bis in idem*, mas também que as jurisdições nacionais, como a do Estado onde ocorreu o crime, ou a do Estado patrial do réu, têm preferência, de modo que só sua inércia ou condescendência (eventualmente sua simples condição de *forum non conveniens*) justificam a ação no foro internacional. Os princípios gerais do direito penal são observados com rigor pelo estatuto, que segue ainda as melhores diretrizes no que concerne à matéria processual.

A tanto rigor científico e a tão evidente isenção e independência algo deveria servir de contrapeso, em termos realistas, neste momento da história. Assim é que o estatuto dá ao Conselho de Segurança das Nações Unidas o poder de mandar "suspender" por um ano, prorrogável tantas vezes quantas queira, qualquer processo em curso no tribunal, com base no capítulo VII da carta — ou seja, quando entender que a continuidade imediata do processo representa uma *ameaça à paz*...

O Tribunal Penal Internacional, fruto de estudos acurados e de exaustiva diplomacia, deverá poupar a sociedade internacional, no futuro, de todo o constrangimento que lhe tem imposto esse cenário de contornos mal definidos, onde um caprichoso jogo de acasos parece determinar ora a criação de instâncias *ad hoc*, ora o empenho avulso de alguma jurisdição nacional em ter diante de si determinado estrangeiro acusado de crime ocorrido no exterior, sem conexão alguma com o foro.

Por outro lado seu estatuto, um documento da virada do século e de autoria global, confirma a falta de uma relação imediata entre o indivíduo e o direito das gentes: o exercício efetivo da jurisdição do tribunal pressupõe o consentimento (seja a condição de parte no tratado de Roma, seja um consentimento *ad hoc*) do Estado territorial do crime ou do Estado patrial do réu, senão de ambos[5].

**LEITURA**

Voto do autor como Juiz da Corte Internacional de Justiça no caso do *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (caso *Yerodia*, R. D. do Congo *vs.* Bélgica, 2002):

"Estou convencido de que escrevo neste momento um voto dissidente, ainda que, pelo fato de ter votado em favor do dispositivo do acórdão, ele deva ser classificado entre os votos individuais concordantes. Aprovo, como a maioria dos membros da Corte, tudo quanto foi dito no dispositivo, pois o tratamento da questão da *imunidade* me parece de acordo com o estado atual do direito. Lamento, entretanto, que não se tenha deliberado sobre o tema essencial do problema trazido à Corte.

Nenhuma imunidade é absoluta, em qualquer ordem jurídica. Toda imunidade se inscreve necessariamente num contexto determinado, e nenhum sujeito de direito pode gozar de *imunidade em abstrato*. Pode-se, assim, invocar em face de certa jurisdição nacional a imunidade que não existiria perante outra jurisdição. A imunidade pode ainda fazer-se valer diante de jurisdições internas, mas não diante de uma jurisdição internacional. No quadro de determinada ordem jurídica, a imunidade pode às vezes ser invocada perante a jurisdição penal mas não perante a jurisdição civil, ou ainda diante da jurisdição ordinária mas não diante de um foro especial.

Em síntese, a questão da *competência* precede necessariamente a questão da *imunidade*. Recordo que *ambos* os temas foram debatidos pelas Partes, tanto nas peças escritas quanto no procedimento oral. O fato de ter o Congo limitado seu pronunciamento final ao pedido de que a Corte afirme a imunidade de seu ex-ministro ao foro penal doméstico da Bélgica não justifica o abandono, por nós, do exame preliminar da questão da imunidade. Não se trata aqui,

5. No Brasil o Estatuto do Tribunal Penal Internacional foi promulgado pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Eleita pela assembleia dos Estados-partes para a primeira composição da corte, ali figura uma magistrada brasileira, a juíza Sylvia Helena de Figueiredo Steiner.

em absoluto, de obedecer à ordem de submissão das questões à Corte, mas de observar a *ordem lógica* que se impõe com rigor. De outra forma, estaríamos decidindo sobre a existência ou não da imunidade a partir da premissa de que a justiça belga é competente, o que me parece inadmissível.

Se fizesse o exame preliminar da questão da competência, a Corte teria a oportunidade de observar que o exercício da jurisdição penal interna *com base no só princípio da justiça universal* tem necessariamente, e por substanciais razões, caráter subsidiário. Em primeiro lugar, sabe-se que nenhum foro é tão qualificado quanto o do local dos fatos para conduzir corretamente a termo um processo penal — senão por outros motivos, pela disponibilidade das provas, pelo melhor conhecimento dos acusados e das vítimas, pela percepção mais clara de todas as circunstâncias do quadro delituoso. São razões de ordem política, mais do que de ordem prática, que conduzem diversos sistemas internos a situar, logo após a *territorialidade*, um fundamento de competência penal de outra espécie, aplicável independentemente do lugar dos fatos. Trata-se do princípio da *defesa* de certos bens jurídicos particularmente caros ao Estado: a vida e a integridade do soberano, o patrimônio público, a administração nacional.

À margem desses dois princípios elementares, a *complementaridade* se torna a regra. Na maioria dos países, tendo o crime sido cometido no exterior, a ação penal é possível com base no princípio da *nacionalidade ativa ou passiva*, ou seja, se autores ou vítimas forem nacionais do Estado do foro. Para tanto, duas condições se impõem: que tais crimes não tenham sido julgados alhures, em algum Estado cuja competência penal tenha-se afirmado naturalmente, e que o acusado se encontre no território do Estado do foro, de onde ele mesmo, ou a vítima, seja um nacional.

Em nenhuma hipótese o direito internacional, no estágio em que se encontra, autoriza esse *ativismo* do Estado, permitindo-lhe que vá buscar, em território de outras soberanias, mediante pedidos de extradição ou mandados de prisão internacionais, pessoas acusadas de crimes definidos pelo direito das gentes, mas *sem qualquer elemento de conexidade com o Estado do foro*. É com impressionante dose de presunção que a Bélgica sugere estar 'obrigada' a instaurar a ação penal no presente caso. O que não é autorizado não pode, *a fortiori*, ser obrigatório. A Bélgica não demonstrou a existência de qualquer outro Estado que, em circunstâncias semelhantes, teria prosseguido com a ação penal contra o acusado estrangeiro — mesmo se se abstrai por completo a questão da imunidade. Não existe 'direito costumeiro em formação' que possa decorrer da ação isolada de um único Estado. Não existiria nenhuma regra costumeira *em estado embrionário* a ser prestigiada pela Corte, ainda que esta, ao tratar a questão da competência, acolhesse o pedido belga de *não restringir o processo de formação do direito*.

O artigo 146 da Convenção de Genebra de 1949 sobre a *proteção de civis em tempo de guerra* (artigo que se encontra também nas três outras convenções de 1949) é, entre todas as normas do direito convencional existente, aquele que mais se ajusta à tese belga sobre o exercício da jurisdição penal com base no só princípio da justiça universal. Esse dispositivo convida os Estados a *buscar*, *entregar* ou *julgar* as pessoas acusadas de crimes previstos nas referidas convenções. Entretanto, além do fato de que o caso em exame escapa ao estrito campo de aplicação das convenções de 1949, lembrou a Professora Chemillier-Gendreau, com o objetivo de elucidar o sentido da norma, o ensinamento de um dos mais notáveis especialistas do direito penal internacional (e do direito internacional penal), o decano de Limoges, Professor Claude Lombois:

'*Quando tal condição não é expressamente formulada, não se pode presumi-la implícita: como poderia um Estado buscar um criminoso em território diverso do seu próprio? Como poderia entregá-lo, se ele não estivesse presente em seu território? Tanto a busca quanto a entrega supõem atos coercitivos, ligados às prerrogativas da autoridade soberana e restritos aos limites espaciais do território*'.

..............................................................................................................................

Parece-me imperativo que todo Estado se pergunte, antes de tentar conduzir o direito internacional em direção oposta a certos princípios que ainda regem as relações internacionais, quais seriam as consequências da adesão de outros Estados, eventualmente de um grande número de outros Estados, a uma prática semelhante. Não foi sem razão que as Partes discutiram diante da Corte a questão de saber qual seria a reação de certos países europeus se um juiz do Congo acusasse seus governantes de crimes supostamente cometidos na África, por eles ou sob suas ordens.

Uma hipótese ainda mais pertinente poderia servir de contraponto ao caso em tela. Há muitos juízes no Hemisfério Sul não menos qualificados que o Senhor Vandermeersch, e como ele imbuídos de boa-fé e de profundo amor pelos direitos humanos e pelos direitos dos povos. Tais juízes não hesitariam nem por um instante em instaurar ações penais contra diversos governantes do Hemisfério Norte por conta de episódios militares recentes, ocorridos todos ao norte do Equador. O conhecimento dos fatos, por parte desses juízes, não é menos completo nem menos imparcial que aquele que o foro de Bruxelas presume possuir sobre os acontecimentos de Kinshasa. Por que tais juízes se contêm? Porque eles têm consciência de que o direito internacional não autoriza a afirmação da competência penal num quadro assim. Porque eles sabem que seus governantes nacionais, à luz dessa realidade jurídica, não sustentariam jamais, no plano internacional, tais iniciativas. Se o emprego correto do princípio da competência universal não pressupõe a presença da pessoa acusada no território do Estado do foro, qualquer coordenação se torna impossível, e a consequência disso é o colapso do próprio sistema internacional de ajuda mútua para a repres-

são do crime. É vital que o tratamento doméstico de questões dessa natureza e a consequente conduta das autoridades estatais se harmonizem com a ideia de uma sociedade internacional descentralizada, constituída sobre o princípio da *igualdade* entre seus membros e dependente da coordenação de seus esforços. Toda política adotada à margem dessa disciplina, em nome dos direitos humanos, mais degenera esta causa de que lhe presta serviço.

O exame prévio da questão da competência teria exonerado a Corte de deliberar sobre a questão da imunidade. Associo-me, de toda forma, às conclusões da maioria de meus pares sobre este ponto. Estimo que o foro interno belga não é competente, nas presentes circunstâncias, para a ação penal: a uma, por faltar-lhe base outra que o só princípio da competência universal; a duas, pela ausência da pessoa acusada em território belga, ao qual não seria legítimo fazê-la comparecer. Penso, entretanto, que mesmo se a competência da justiça belga pudesse ser aqui reconhecida, a imunidade do ministro das relações exteriores do Congo teria frustrado o início da ação penal, bem como a lavratura do *mandado de prisão internacional* pelo juiz, com o apoio do governo belga".

**86. Litígios transnacionais entre o particular e o Estado.** A realidade econômica internacional há bom tempo sugere a certos particulares — o grande investidor, a empresa de vulto, a empresa multinacional — que se insinuem tanto quanto possível em determinados domínios do direito internacional público. Seu objetivo básico é a evasão, não necessariamente reprovável, ao direito interno e à jurisdição dos países com que se relacionam na exploração da atividade econômica. Sempre que seu poder negocial lhe permite, esse particular evita celebrar com o Estado (do qual, naturalmente, ele não é nacional) um contrato comum, sujeito às normas do direito doméstico do Estado e à sua jurisdição. As partes cuidam então de que o próprio contrato abrigue toda a minúcia necessária à cobertura da transação, sem remissões ao direito interno, e deferem à *arbitragem* — não à justiça estatal — a solução de todo eventual conflito.

Era norma, de início, que essa espécie de arbitragem se fizesse no molde clássico do direito das gentes[6], com cada uma

6. *V*. adiante, na Parte IV, os §§ 242 e s.

das partes (o Estado e o particular) indicando um ou dois árbitros de sua confiança e estes escolhendo por consenso o árbitro principal, tudo à luz de um novo compromisso que descrevesse o litígio, lembrasse qual o direito aplicável, estabelecesse algumas regras de procedimento e confirmasse a obrigatoriedade da sentença. E o único fundamento dessa ascensão do particular a um confronto horizontal com o Estado, figurando quase sempre o primeiro como autor da demanda e o segundo como réu, vinha sendo a concordância tópica do Estado com tal sistema, no exercício de sua liberdade contratual. Nada que, como regra geral de direito das gentes, garantisse ao particular a prerrogativa de pedir a arbitragem, o direito de acionar o Estado fora do contexto de sua justiça interna.

Em 1965 o Banco Mundial patrocinou a negociação do tratado que instituiu o *Centro internacional para solução de litígios relativos a investimentos* (conhecido pela sigla inglesa ICSID). Desde o ano seguinte, quando o tratado entrou em vigor, esse organismo arbitral oferece a Estados e investidores uma lista de possíveis árbitros e lhes proporciona serviços secretariais além de outros de maior responsabilidade, qual a escolha, na lista, do árbitro principal, e até mesmo a dos árbitros que normalmente seriam indicados pelas partes, se assim preferem ou quando se omitem. Mais de cem países são hoje partes na convenção do Centro, ao qual o particular, desde que nacional de um deles, tem acesso direto para formular sua demanda contra outro Estado que o tenha alegadamente lesado, excluído assim o recurso à proteção diplomática de seu Estado patrial. Mas para que a jurisdição arbitral se imponha ao Estado demandado não basta que ele seja parte na convenção de 1965: é ainda necessário um consentimento explícito, que se pode encontrar em tratado bilateral sobre investimentos mútuos, ou no próprio contrato entre o particular e o Estado, ou mesmo depreender-se de lei interna do Estado.

A primeira sentença arbitral do Centro foi proferida em 1977, no caso de *Adriano Gradella S.p.A. vs. Costa do Marfim*. Ao final de 2004 o Centro editava uma lista de oitenta e sete casos concluídos e outra de oitenta e dois processos em andamento. Na primeira, uma única demanda foi proposta pelo Estado contra o investidor estrangeiro (caso *Gabão vs. Société Serete S.A.*). Entre as restantes, todas ajuizadas pelo investidor, somente uma o foi contra Estado pós-industrial (caso *Mobil Oil Corp. vs. Nova Zelândia*). Na segunda, onde o autor é sempre o particular, há demandas propostas contra antigas nações socialistas (Eslováquia, Ucrânia, Estônia), além de uma contra a Espanha, quatro contra os Estados Unidos da América e mais de vinte contra a Argentina.

**87. Proposição da matéria.** O primeiro capítulo desta parte do livro cuida do Estado, versando seu território, sua dimensão humana e sua soberania. Por conveniência didática, inscrevem-se nesse mesmo capítulo os temas da imunidade de jurisdição, da condição jurídica do estrangeiro, da proteção internacional dos direitos humanos, do meio ambiente e desenvolvimento.

O segundo capítulo proporciona uma análise genérica das organizações internacionais. Os dois seguintes versam a responsabilidade internacional e o fenômeno sucessório.

# Capítulo I
# O ESTADO

**88. Três elementos.** O Estado, personalidade originária de direito internacional público, ostenta três elementos conjugados: uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre essa área, e uma forma de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior. Variam grandemente, de um Estado a outro, as dimensões territoriais e demográficas, assim como variam as formas de organização política. Acresce que, em circunstâncias excepcionais e transitórias, pode faltar ao Estado o elemento *governo* — tal é o que sucede nos períodos anárquicos —, e pode faltar-lhe até mesmo a disponibilidade efetiva de seu *território*, ou o efetivo controle dessa base por seu governo legítimo. O elemento humano é, em verdade, o único que se supõe imune a qualquer eclipse, e cuja existência ininterrupta responde, mais que a do próprio elemento territorial, pelo *princípio da continuidade do Estado* — de que falaremos mais tarde, no estudo da sucessão de Estados.

## Seção I — TERRITÓRIO DO ESTADO

**89. Jurisdição ou competência.** Sobre seu território o Estado exerce *jurisdição* (termo preferido em doutrina anglo-saxônia), o que vale dizer que detém uma série de *competências* para atuar com autoridade (expressão mais ao gosto dos autores da escola francesa). O território de que falamos é a área terrestre do Estado, somada àqueles espaços hídricos de topografia puramente interna, como os rios e lagos que se circunscrevem no interior dessa área sólida. Sobre o território assim entendido, o Estado soberano tem *jurisdição geral e exclusiva*.

A *generalidade* da jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competências de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional. A *exclusividade* significa que, no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania. Só ele pode, assim, tomar medidas restritivas contra pessoas, detentor que é do monopólio do uso legítimo da força pública.

Não vale invocar, por exemplo, o chamado *princípio da justiça universal* para legitimar a ação policial de agentes de certo Estado no território de outro (*v*. adiante, no § 124, um histórico de casos concretos).

Se o Estado, em face de circunstâncias peculiares, não se encontra habilitado a exercer sua jurisdição territorial com generalidade e exclusividade, entregando a outro Estado encargos de certa monta — como a emissão de moeda, a representação diplomática, eventualmente a defesa nacional —, a própria ideia de sua *soberania* sofrerá desgaste, e isso produzirá certas consequências. Tal é o que sucede no caso dos microestados, que estudaremos no capítulo referente à soberania.

**90. Aquisição e perda de território.** O estudo dessas duas figuras é conjunto, visto que em diversas hipóteses a aquisição de território por um Estado importa perda de território para outro.

No passado, era comum que Estados do gênero das potências navais adquirissem território por descoberta, seguida de ocupação efetiva ou presumida. O objeto da descoberta era a *terra nullius* — ou terra de ninguém —, área territorial nos continentes ignotos, não necessariamente inabitada, desde que o eventual elemento indígena não oferecesse resistência: o descobrimento do Brasil pela frota portuguesa de Cabral foi modelo perfeito daquilo que, na Europa da época e de épocas ulteriores, entendeu-se como descoberta e apossamento da *terra nullius*. Outro

objeto — embora não tão frequente — de ocupação por Estados de intensa presença nos mares foi a terra derelicta, ou seja, a terra abandonada por seu primitivo descobridor, cujo estatuto jurídico era igual ao da *terra nullius.* Assim, no auge de seu êxito ao tempo das descobertas, a Espanha parece haver abandonado a ilha de Palmas, bem como as Malvinas e as Carolinas, objeto ulterior de ocupação, respectivamente, pelos Países Baixos, pela Grã-Bretanha e pela Alemanha.

No período das descobertas sempre esteve claro que particulares eram inidôneos para essa forma de aquisição de domínio. Só os Estados se tornavam senhores das novas terras. Só em nome deles era lícito o apossamento. As grandes companhias surgidas no século XVII — como a das Índias Orientais — descobriram, ocuparam e colonizaram terras por conta das soberanias a cujo serviço se encontravam.

O princípio da *contiguidade* operou com frequência no tempo em que a *terra nullius* se oferecia à descoberta e à ocupação. Trata-se de princípio inspirado de certo modo na lei física da atração da matéria pela matéria: a pretensão ocupacionista do descobridor avança pelo território adentro até quando possível — em geral, até encontrar a resistência de uma pretensão alheia congênere. Assim, a descoberta pelos portugueses de certos pontos do litoral brasileiro fez com que sua pretensão dominial se irradiasse em todos os sentidos, contendo-se apenas onde viesse a esbarrar nas pretensões espanholas que — também à luz do princípio da contiguidade — avançavam em sentido contrário.

Também comum no passado era a aquisição de território por *conquista*, ou seja, mediante emprego da força unilateral, ou como resultado do triunfo em campo de batalha. Em vários pontos do continente americano as tropas espanholas encontraram resistência à pretendida "ocupação de *terra nullius*", e acabaram por apossar-se dessas áreas após a *debellatio* — o

aniquilamento de seus ocupantes nativos —, forma a mais rude da conquista. A história da Europa é pontilhada de mutações de soberania territorial por força do resultado de sucessivas guerras.

Hoje, entretanto, não seria possível admitir a conquista como meio de aquisição territorial, desde que proscrito o recurso às armas pelo direito das gentes. Assim, Israel não pretendeu ter-se investido no domínio dos territórios palestinos cujo controle resultou de seu êxito na guerra de 1967 e em conflitos posteriores: a necessidade de *fronteiras seguras* foi seu argumento para a retenção dessas áreas, até que o abrandamento das tensões políticas permitisse negociação construtiva com países vizinhos e com a liderança palestina.

Adquire-se e perde-se território mediante cessão onerosa, do tipo da compra e venda, ou da permuta.

Os Estados Unidos da América compraram a Louisiana da França em 1803, por 60 milhões de francos, e o Alasca da Rússia em 1867, por 7,2 milhões de dólares. O Brasil adquiriu o Acre da Bolívia em 1903, mediante o pagamento de 2 milhões de libras esterlinas e a prestação de determinados serviços.

A história registra casos de *cessão gratuita* — um evidente eufemismo, visto que mal se compreende por que um Estado faria a doação de parte do seu território, a menos que não tivesse escolha. A cessão gratuita foi um ornamento típico dos *tratados de paz*, aqueles em que, finda a guerra, defrontavam-se na mesa de negociação vencedores e vencidos, estes à mercê daqueles.

Mediante cessão gratuita a França, derrotada na guerra bilateral, cedeu a Alsácia-Lorena à Alemanha em 1871. Quase meio século mais tarde, ao termo da primeira grande guerra, a Alemanha está vencida e a França perfila entre os vitoriosos: nova cessão gratuita, em sentido inverso, restitui a Alsácia-Lorena à soberania francesa, consignando-se no texto do Tratado de Versalhes (1919).

A atribuição de território por decisão política de uma organização internacional ocorreu no âmbito da ONU em 1947, a propósito da partilha da Palestina, e de novo em 1950 quanto às ex-colônias italianas. O órgão judiciário da ONU, qual seja a Corte da Haia, não atribui território: limita-se a dizer, à luz do direito aplicável, a quem certa área pertence, ou como os contendores deverão proceder para a correta partilha da região controvertida (casos do *templo de Preah-Vihear*, Camboja-Tailândia, 1962; do *Camerum setentrional*, Camerum-Reino Unido, 1963; da *plataforma continental do mar do Norte*, Dinamarca-Países Baixos-Alemanha, 1969; da *ilha Kasikili-Sedudu*, Botsuana-Namíbia, 1999; da *delimitação marítima e terrestre Catar-Barém*, 2001).

**91. Delimitação territorial.** O estabelecimento das linhas limítrofes entre os territórios de dois ou mais Estados pode eventualmente resultar de uma decisão arbitral ou judiciária. Nas mais das vezes, porém, isso resulta de tratados bilaterais, celebrados desde o momento em que os países vizinhos têm noção da fronteira e pretendem conferir-lhe, formalmente, o exato traçado. A noção da fronteira é produto da evolução histórica dos acontecimentos. Esse contexto pode envolver a ocupação resultante da descoberta, o direito sucessório, a consideração do princípio *uti possidetis*.

*Uti possidetis ita possideatis* é mais um daqueles princípios de direito que evocam a lei física da inércia: como possuís, continuareis possuindo[7]. Largamente empregado desde o início do século XIX na América hispânica, o princípio significava a conservação, pelas nações latino-americanas independentes, das fronteiras coloniais, ou seja, daquele traçado que já as separava enquanto províncias coloniais da Espanha. A isso deu-se o nome de *uti possidetis juris* a partir do momento em que a América portuguesa, pouco interessada na cartografia do império colonial

7. *V. Salmon*, p. 1123-1124.

espanhol e nas bulas papais, privilegiou a ocupação efetiva das terras do novo continente e fez valer para si uma variante do princípio: o *uti possidetis de facto*. A essa concepção brasileira do *uti possidetis* dá-se hoje com frequência em doutrina, e sobretudo na jurisprudência da Corte da Haia, o nome de *efetividades*, ou consideração do efetivo exercício da soberania sobre determinada área territorial. O *uti possidetis juris*, o das repúblicas hispano-americanas, teria amplo emprego no continente africano ao longo do processo de descolonização, na segunda metade do século XX.

No trabalho de delimitação, os Estados vizinhos tanto podem optar por linhas limítrofes *artificiais* quanto *naturais*. As primeiras são as linhas geodésicas (os paralelos e os meridianos), ou qualquer arranjo ou combinação que se imagine à base delas para o estabelecimento, por exemplo, de diagonais. O limite entre o Canadá e os Estados Unidos da América é, em grande parte, constituído por um paralelo. O mapa político da África revela, por sua vez, largo uso das linhas geodésicas para o traçado dos limites interestatais. O emprego de limites artificiais foi pouco expressivo na Europa, na Ásia e na América Latina.

Os limites naturais de generalizado prestígio são *rios* e *cordilheiras*. No caso destas, a exata linha limítrofe pode correr ao longo da base da cadeia montanhosa, num de seus dois flancos, de modo que toda a cordilheira pertença a um só dos Estados confrontantes. É mais comum a opção pela linha das cumeeiras (uma linha quebrada, ligando pontos de altitude expressiva) ou pelo *divortium aquarum* — a linha onde se repartem as águas da chuva, escorrendo por uma ou outra das vertentes da cordilheira. Este último critério predomina na fronteira argentino-chilena dos Andes, bem assim nas divisas montanhosas do Brasil com a Venezuela, a Colômbia e o Peru.

No caso dos rios, é compreensível que se evite lançar a linha limítrofe numa de suas margens, consagrando o total domínio do curso d'água por um só dos Estados ribeirinhos. Preferem-se dois sistemas: o da linha de *equidistância* das margens (que passa pela superfície do rio, estando sempre no ponto central de

sua largura), e o do *talvegue* ou linha de maior profundidade (que toma em consideração o leito do rio, e passa por suas estrias mais profundas). O talvegue é de uso mais frequente nos rios navegáveis: foi ele o critério limítrofe escolhido por Argentina e Brasil para os rios Uruguai e Iguaçu, por Brasil e Peru para o rio Purus, por Brasil e Colômbia para os rios Iquiare e Taraíra. A linha da equidistância foi preferida por Bolívia e Brasil a propósito dos rios Guaporé, Mamoré e Madeira.

É óbvio que na configuração geográfica de qualquer rio surgem acidentalidades (como enseadas, reentrâncias, ilhas) a que a simples opção pelo critério da equidistância ou do talvegue não dá remédio. Por isso mesmo os tratados de fixação de limites têm certa dimensão e complexidade: não lhes incumbe apenas optar por certo critério ditado pela tradição internacional, mas resolver concretamente todos os problemas da linha limítrofe que deva ser traçada em comum acordo.

O tratado de limites não deve ainda ser considerado uma espécie em extinção, nem sua ocorrência atual é produto exclusivo de países de mais recente acesso à soberania, como os da África negra. Antigas pendências territoriais finalmente resolvidas têm motivado compromissos bilaterais sobre limites entre países do velho mundo: França e Luxemburgo em 24 de maio de 1989, Alemanha e Polônia em 14 de novembro de 1990 (importando o reconhecimento alemão dos direitos poloneses sobre uma área litigiosa de 104.000 km$^2$), China e Rússia em 16 de maio de 1991 (precisando linhas limítrofes até então duvidosas no extremo leste, na região dos rios Amur e Ussuri).

## Seção II — IMUNIDADE À JURISDIÇÃO ESTATAL

**92. Um velho tema.** O direito diplomático e, mais exatamente, a questão dos privilégios e garantias dos representantes de certo Estado junto ao governo de outro, constituíram o objeto do primeiro tratado multilateral de que se tem notícia: o Règlement de Viena, de 1815, que deu forma convencional às regras até então costumeiras sobre a matéria. Na atualidade vigem a propósito, com aceitação generalizada, duas convenções celebradas

em Viena nos anos sessenta, uma delas sobre *relações diplomáticas* (1961), outra sobre *relações consulares* (1963)[8].

À parte o tema dos privilégios, as duas convenções encerram normas de administração e protocolo diplomáticos e consulares, dizendo da necessidade de que o governo do Estado local, por meio de seu ministério responsável pelas relações exteriores, tenha exata notícia da nomeação de agentes estrangeiros de qualquer natureza ou nível para exercer funções em seu território, da respectiva chegada ao país — e da de seus familiares —, bem como da retirada; e do recrutamento de residentes locais para prestar serviços à missão. Essa informação completa é necessária para que a chancelaria estabeleça, sem omissões, a lista de agentes estrangeiros beneficiados por privilégio diplomático ou consular, e a mantenha atualizada: afinal, só o chefe da missão diplomática, com a categoria de embaixador, apresenta suas credenciais solenemente ao chefe de Estado, e deste se despede ao término de seu período representativo. As convenções disciplinam, por igual, aquilo que pode suceder quando o Estado local deseja impor a retirada de um agente estrangeiro — e que leva por vezes o título impróprio de "expulsão". Cuida-se, em verdade, de uma disciplina sumária: sem necessidade de fundamentar seu gesto, o Estado local pode declarar *persona non grata* o agente inaceitável, com o que o Estado *acreditante* (o Estado de origem) deve imediatamente chamá-lo de volta.

**93. Diplomacia propriamente dita e serviço consular.** No que concerne aos privilégios de variada índole, é transparente o motivo de se haver optado, à hora de recodificar o tema, pela conclusão de dois tratados distintos. O serviço diplomático, de que cuida a Convenção de 1961, goza de estatuto acentuada-

8. Promulgadas no Brasil, respectivamente, pelo Decreto n. 56.435/65 e pelo Decreto n. 61.078/67.

mente mais favorável que aquele próprio do serviço consular, versado na Convenção de 1963. Com efeito, é da tradição do direito das gentes não perder de vista a natureza diversa dessas instituições. O diplomata representa o Estado de origem junto à soberania local, e para o trato bilateral dos *assuntos de Estado*. Já o cônsul representa o Estado de origem para o fim de cuidar, no território onde atue, de *interesses privados* — os de seus compatriotas que ali se encontrem a qualquer título, e os de elementos locais que tencionem, por exemplo, visitar aquele país, de lá importar bens, ou para lá exportar.

É indiferente ao direito internacional o fato de que inúmeros países — entre os quais o Brasil — tenham unificado as duas carreiras, e que cada profissional da diplomacia, nesses países, transite constantemente entre funções consulares e funções diplomáticas. A exata função desempenhada em certo momento e em certo país estrangeiro é o que determina a pauta de privilégios. Assim, ao jovem diplomata brasileiro que atue como terceiro-secretário de nossa embaixada em Nairobi aplica-se a Convenção de 1961 — não a de 1963 — , e ele terá uma cobertura mais ampla que aquela de que goza o cônsul-geral do Brasil em Nova York, veterano titular de um dos postos mais disputados da carreira.

**94. Privilégios diplomáticos.** No âmbito da missão diplomática, os membros do quadro diplomático de carreira (do embaixador ao terceiro-secretário) gozam de ampla imunidade de jurisdição *penal* e *civil*. Os membros do quadro administrativo e técnico (tradutores, contabilistas etc.), desde que oriundos do Estado acreditante, e não recrutados *in loco*, distinguem-se dos diplomatas no que concerne à imunidade de jurisdição civil, aqui limitada aos atos praticados no exercício de suas funções. Todos são, ademais, fisicamente *invioláveis*, e em caso algum podem ser obrigados a depor como *testemunhas*. Reveste-os, além disso, a imunidade *tributária*.

Exceções quanto à jurisdição civil: não há imunidade no caso de feito *sucessório* em que o agente esteja envolvido a título estritamente privado, nem, em iguais

circunstâncias, na ação real relativa a *imóvel particular*. Tampouco pode invocar a imunidade o agente que, havendo proposto ele próprio certa ação cível, enfrenta uma *reconvenção*. A Convenção de 1961 dispõe também que não há imunidade no caso de feito relativo a uma profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente; mas seu próprio texto proíbe tais atividades paralelas ao diplomata.

Exceções quanto à imunidade tributária: o beneficiário do privilégio diplomático deverá, de todo modo, arcar com os impostos *indiretos*, normalmente incluídos no preço de bens ou serviços, bem assim com as *tarifas* correspondentes a serviços que tenha efetivamente utilizado. É óbvio que possuindo, acaso, imóvel particular no território local, pagará os impostos sobre ele incidentes. O pessoal administrativo e técnico tem ainda sua imunidade tributária limitada, em matéria de importação, àquilo que traga consigo quando do ingresso inicial no Estado acreditado.

Em matéria penal, civil e tributária, os privilégios dos agentes dessas duas categorias estendem-se aos membros das respectivas *famílias*, desde que vivam sob sua dependência e tenham, por isto, sido incluídos na lista diplomática. Uma terceira categoria, o pessoal subalterno ou *pessoal de serviços* da missão diplomática, custeado pelo Estado acreditante, só goza de imunidades no que concerne a seus *atos de ofício*, à sua estrita atividade funcional — o que significa que, neste caso, não cabe falar em extensão do privilégio ao grupo familiar. *Criados particulares*, pagos pelo próprio diplomata, não têm qualquer privilégio garantido pelos textos convencionais.

São fisicamente invioláveis os locais da *missão diplomática* com todos os bens ali situados, assim como os locais *residenciais* utilizados pelo quadro diplomático e pelo quadro administrativo e técnico. Esses imóveis, e os valores mobiliários neles encontráveis, não podem ser objeto de busca, requisição, penhora ou medida qualquer de execução. Os *arquivos e documentos* da missão diplomática são invioláveis onde quer que se encontrem.

**95. Privilégios consulares.** Os termos da Convenção de 1963 fazem ver que, em linhas gerais, os privilégios consulares se

assemelham àqueles que cobrem o pessoal de serviços da missão diplomática. Com efeito, os cônsules e funcionários consulares gozam de inviolabilidade física e de imunidade ao processo — penal ou cível — apenas no tocante aos atos de ofício. Está claro que um privilégio assim limitado não tem como se estender a membros da família nem a instalações residenciais[9]. Por outro lado, ficou reduzida virtualmente a zero a distinção entre cônsules de carreira, ou originários, pelo menos, do Estado acreditante (os chamados cônsules *missi*) e cônsules honorários, recrutados no próprio país onde vão exercer o ofício (os chamados cônsules *electi*). É que estes últimos tinham tradicionalmente aquela pauta mínima de privilégios indispensáveis ao desempenho satisfatório da função, e a igual parâmetro ficou reduzida, com o regime convencional de 1963, a situação dos primeiros.

As concessões que a Convenção de 1963 faz aos cônsules em matéria processual são modestas, e ostentam certa plasticidade — no sentido de que sua eficácia maior ou menor fica a depender da vontade da autoridade local. Quando processados, deve-se cuidar de que a marcha do feito seja breve e perturbe o mínimo possível os trabalhos consulares. A prisão preventiva é permitida, desde que autorizada por juiz, e em caso de crime grave. A prestação de depoimento testemunhal é obrigatória, devendo ser programada de modo a não causar prejuízo ao serviço. O Supremo Tribunal Federal confirmou, em 2002, a legalidade da prisão preventiva decretada no caso do cônsul de Israel no Rio de Janeiro (HC 81.158-RJ). Alguns votos vencidos concediam o *habeas corpus* unicamente por entender que não se tratava, no caso, de crime grave.

Os locais consulares são invioláveis na medida estrita de sua utilização funcional, e gozam de imunidade tributária. Os arquivos e documentos consulares, a exemplo dos diplomáticos, são invioláveis em qualquer circunstância e onde quer que se encontrem.

---

9. Ressalvada, quanto à isenção de impostos, a residência do cônsul.

Outra norma da convenção, o art. 36, estabelece que o cônsul competente, *ratione loci*, deve ser avisado pela Justiça local sempre que tenha início contra compatriota seu um processo penal suscetível de levar a uma condenação de certo peso, para que lhe dê, se entender apropriado, alguma assistência no processo. Muitos são os países em que essa norma não tem sido observada com rigor. No caso dos Estados Unidos da América, três países já os acionaram na Corte da Haia em razão do descumprimento da regra convencional em processos contra nacionais seus.

Nos três casos havia ocorrido condenação à pena de morte, em diferentes estados da federação americana. O Paraguai desistiu de sua ação (caso de Angel Breard), a Alemanha e o México levaram a termo as suas (casos LaGrand, 2001, e Avena e outros nacionais mexicanos, 2004), com êxito, havendo a Corte lembrado a imperatividade da norma e as obrigações internacionais de um governo federal ali onde a justiça penal é administrada pelos estados-membros.

**96. Aspectos da imunidade penal.** Está visto que os diplomatas e integrantes do pessoal administrativo e técnico da missão diplomática gozam de imunidade penal ilimitada, que se projeta, de resto, sobre os membros de suas famílias. Desse modo, até mesmo um homicídio passional, uma agressão, um furto comum estarão isentos de processo local. Os textos de Viena lembram que isso não livra o agente da jurisdição de seu Estado patrial. O que se espera, por óbvio, é que retornando à origem o diplomata responda ali pelo delito praticado no exterior. A imunidade não impede a polícia local de investigar o crime, preparando a informação sobre a qual se presume que a Justiça do Estado de origem processará o agente beneficiado pelo privilégio diplomático.

No caso dos cônsules, visto que a imunidade só alcança os atos do ofício, resulta claro que crimes comuns podem ser processados e punidos *in loco*. Crimes não puníveis pelo Estado local, porque cobertos pela estreita faixa de imunidade, seriam

aqueles diretamente relacionados com a função consular: assim a outorga fraudulenta de passaportes, a falsidade na lavratura de guias de exportação, e outros mais.

No *Habeas corpus* 49.183 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a imunidade à jurisdição penal local num caso de injúria praticada pelo cônsul da República Dominicana em São Paulo contra o vice-cônsul do mesmo país, e expressa em correspondência relativa ao desempenho de suas tarefas (1971). Já no *Habeas corpus* 50.155 o Supremo proclamou a competência da Justiça de São Paulo para processar o cônsul honorário do Chile, que praticara lesões corporais num entrevero resultante de relações de vizinhança (1972).

Quando reconhecida a imunidade em favor de um cônsul honorário — que normalmente é um cidadão local, e portanto não possui a nacionalidade do Estado acreditante —, este último poderá processá-lo com base no *princípio da defesa* (visto que se trata de crime contra sua administração pública), ou simplesmente renunciar ao privilégio, para que o agente seja punido no próprio Estado territorial.

**97. Renúncia à imunidade.** O Estado acreditante — e somente ele — pode *renunciar*, se entender conveniente, às imunidades de índole penal e civil de que gozam seus representantes diplomáticos e consulares. Estipulam as convenções de Viena que, no foro cível, a renúncia atinente ao processo de conhecimento não alcança a execução, para a qual nova renúncia é necessária (norma singular, que em doutrina já foi considerada *imoral*[10]). Em caso algum, portanto, o próprio beneficiário da imunidade dispõe de um direito de renúncia.

O caso *Balmaceda-Waddington* ilustra a impossibilidade da renúncia ao privilégio por parte do próprio diplomata, ainda que não seja sua pessoa, mas a de um familiar, o alvo da ação deduzida em juízo. Em 1906 o filho do embaixador do Chile em Bruxelas, D. Luys Waddington, matou por razões pessoais o secretário da embaixada, Ernesto Balmaceda. As autoridades belgas se abstiveram de qualquer ação punitiva. Dias mais tarde D. Luys Waddington compareceu ao foro e declarou

---

10. *V.* David Ruzié, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 1987, p. 59.

ao procurador do rei que renunciava à imunidade do filho, para que este respondesse pelo homicídio ante os tribunais belgas. O governo local procurou saber se a chancelaria chilena abonava aquela renúncia, e só ante a resposta afirmativa fez com que o processo tivesse curso.

**98. Primado do direito local.** Tanto a Convenção de Viena sobre relações diplomáticas quanto a que cuida das relações consulares[11] dispõem que os detentores do privilégio estão obrigados, não obstante, a respeitar as leis e regulamentos do Estado territorial. O primado do direito local, no que tem de substantivo, é portanto indiscutível, apesar de frustrada pela imunidade a ação judicial correspondente à sua garantia de vigência. Assim, embora imune a um eventual processo, o embaixador britânico tem o dever de conduzir seu veículo nas ruas e estradas brasileiras pelo lado direito, e não pelo esquerdo como faria em Londres. É certo que, enquanto seja estranho à ordem local e às relações com pessoas e entidades desvinculadas da missão diplomática, não se impõe a representantes estrangeiros o direito do Estado acreditado. Não haveria afronta ao ordenamento jurídico brasileiro se o embaixador de um país poligâmico compartilhasse seu leito com quatro embaixatrizes, ou se os vencimentos do pessoal diplomático de certa embaixada fossem pagos semestralmente — o que não seria permitido por nossa legislação trabalhista. Contudo, em todas as suas relações com o meio local deve o Estado estrangeiro, por norma costumeira, e devem seus agentes diplomáticos e consulares, por disposição expressa dos textos de Viena, conformar-se com as prescrições do direito local. Isso tem particular importância no que se refere à celebração e à execução de contratos, como os de empreitada para construção imobiliária, os de prestação de serviços, e sobretudo os contratos individuais de trabalho. Em tais casos o contratante estrangeiro não costuma ser a pessoa de um diplomata ou cônsul, mas

11. Artigos 41 e 55, respectivamente.

o próprio Estado de origem — que não é menos soberano do que o Estado local, e de cuja imunidade trataremos agora.

**99. Estado estrangeiro e jurisdição local.** Embora votadas primordialmente à disciplina dos privilégios diplomáticos e consulares, as convenções de Viena versam no seu contexto a inviolabilidade e a isenção fiscal de certos bens — móveis e imóveis — pertencentes ao próprio Estado acreditante, não ao patrimônio particular de seus diplomatas e cônsules. Contudo, ali não se encontra norma alguma que disponha sobre a imunidade *do Estado*, como pessoa jurídica de direito público externo, à jurisdição local — de índole cível, naturalmente.

Honrava-se em toda parte, apesar disso, uma velhíssima e notória regra costumeira sintetizada no aforismo *par in parem non habet judicium*: nenhum Estado soberano pode ser submetido contra sua vontade à condição de parte perante o foro doméstico de outro Estado. Aos negociadores dos tratados de Viena, no início dos anos sessenta, teria parecido supérfluo convencionalizar a norma costumeira, sobretudo porque seu teor se poderia entender fluente, a *fortiori*, da outorga do privilégio a representantes do Estado estrangeiro em atenção à sua soberania — e não com o propósito de "beneficiar indivíduos", conforme lembra o preâmbulo de uma e outra das convenções.

A ideia da imunidade absoluta do Estado estrangeiro à jurisdição local começou a desgastar-se já pela segunda metade do século XX nos grandes centros internacionais de negócios, onde era natural que as autoridades reagissem à presença cada vez mais intensa de agentes de soberanias estrangeiras atuando não em funções diplomáticas ou consulares, mas no mercado, nos investimentos, não raro na especulação. Não havia por que estranhar que ingleses, suíços e norte-americanos, entre outros, hesitassem em reconhecer imunidade ao Estado estrangeiro envolvido, nos seus territórios, em atividades de todo estranhas

à diplomacia estrita ou ao serviço consular, e adotassem assim um entendimento restritivo do privilégio, à base da distinção entre atos estatais *jure imperii* e *jure gestionis*.

No Brasil, até poucos anos atrás o poder Judiciário — pela voz de sua cúpula — guardou rigorosa fidelidade à regra *par in parem non habet judicium*[12], não obstante o constrangimento social trazido pela circunstância de que quase todos os postulantes da prestação jurisdicional, frustrados ante o reconhecimento da imunidade, eram ex-empregados de missões diplomáticas e consulares estrangeiras, desejosos de ver garantidos seus direitos trabalhistas à luz pertinente da CLT.

Não faltou quem sustentasse, na época, que a prestação jurisdicional é garantida pela Constituição do Brasil a quem quer que sofra lesão de direito, e que desse modo uma norma internacional assecuratória de imunidade afrontaria nossa lei fundamental. Essa ideia é simplista e incorreta. Quando o constituinte brasileiro promete a todos a tutela judiciária, ele o faz na presunção de que a parte demandada, o réu, o causador da lesão que se pretende ver reparada, seja um *jurisdicionado*, vale dizer, alguém sujeito à ação do Judiciário local. O constituinte brasileiro não tem autoridade para fazer promessas à custa de soberanias estrangeiras. Numa palavra: regras sobre a sensível, eminente e igualitária relação entre soberanias só se produzem no plano internacional, e mediante o consentimento das partes. Tais regras não podem ser ditadas unilateralmente por uma constituição nacional.

---

12. Essa era também a atitude do poder Executivo. Em parecer de 23 de novembro de 1923 Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, ponderava: “A nossa Constituição, sendo a organização político-jurídica de um povo, não traça regras obrigatórias para outros povos. Assim, quando determina que aos juízes e tribunais compete processar e julgar os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros, pressupõe a aquiescência desses Estados em aceitar a jurisdição dos nossos tribunais. Esta é a doutrina que o Brasil tem sustentado, e não pode pretender que, em seu território, não tenha aplicação, quando para si a reclama em território sujeito a outra soberania” (*Pareceres*, II, p. 263).

Eram muito raros, em toda parte, os exemplos de aceitação da jurisdição local por Estado estrangeiro contra o qual um particular pretendesse mover processo de qualquer natureza. Um pouco menos raros têm sido os casos em que o próprio Estado estrangeiro ajuíza a demanda contra um particular no foro local, a que desse modo se submete [na Apelação cível 9.691-DF (*RTJ* 118/64) o STF examinou uma ação de usucapião ajuizada em Brasília pelo reino dos Países Baixos contra um particular].

Enquanto prevaleceu entre nós a regra da imunidade absoluta, havia uma resposta implícita à questão de saber qual o caminho indicado pela Justiça do Brasil a quem quisesse demandar contra Estado estrangeiro e visse de logo trancada a via judiciária local: o pretendido réu é sempre passível de ser acionado em seu próprio território, perante sua própria Justiça. A sugestão não soaria cínica quando feita, por exemplo, a uma grande empresa construtora a que certo país deixasse de pagar a conta da edificação de sua embaixada em Brasília: a empresa contrataria advogados idôneos na capital do país faltoso e recolheria, ao final do processo, tudo quanto lhe fosse devido, além do reembolso de honorários. Mas essa via alternativa não estava provavelmente ao alcance do auxiliar de serviços a quem certa embaixada demitisse arbitrariamente, ou da vítima de atropelamento por veículo diplomático. De todo modo, não era o Brasil o único país a sentir-se vexado com os efeitos sociais pungentes da imunidade absoluta. Alguma solução para o problema, ainda que em bases provisoriamente casuísticas, haveria de dar-se.

**100. Imunidade do Estado: fatos novos e perspectivas.** Uma Convenção europeia sobre imunidade do Estado, concluída em Basileia em 1972, exclui do âmbito da imunidade as ações decorrentes de contratos celebrados e exequendos *in loco*[13]. Dispositivo semelhante apareceria no *State Immunity Act*, que se editou na Grã-Bretanha em 1978. Lei norte-americana anterior — o *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976 — não chegara a esse ponto, mas abolira a imunidade nos feitos relacionados com danos (ferimentos ou morte) produzidos pelo Estado estrangeiro no território local.

O que impressiona, tanto na Convenção europeia quanto nos diplomas domésticos promulgados nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, é que esses textos fulminam a imunidade do Estado estrangeiro em hipóteses completamente distintas daquela atividade comercial heterodoxa a que se entregavam alguns países em lugares como Londres, Nova York ou Zurique — prática inimaginável em Brasília, em Moscou ou em Damasco —, e que haviam já produzido os primeiros arranhões na regra da imunidade absoluta. Com efeito, recrutar servidores subalternos no Estado

13. Essa Convenção entrou em vigor em junho de 1976, e o conjunto de partes, embora reduzido, é expressivo: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Grã-Bretanha, Luxemburgo, Países Baixos e Suíça.

local e contratar a construção do prédio representativo são atos inscritos na rotina diplomática; comuns, portanto, em todas as capitais do mundo. É também na casualidade do dia a dia que pode ocorrer um acidente imputável ao Estado estrangeiro, acarretando dano a pessoas da terra. O caminho tomado por esses recentes diplomas, vindos à luz em áreas de grande prestígio na cena internacional, solapou de modo irremediável as bases da velha regra costumeira — a se entender derrogada na medida em que os demais países, abstendo-se de protestar, assumem, um após outro, igual diretriz.

No Brasil uma decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada à unanimidade em maio de 1989, assentou que o Estado estrangeiro não tem imunidade em causa de natureza trabalhista (Apelação cível 9.696, RTJ 133/159)[14]. A corte considerou insubsistente a norma costumeira que outrora garantira a imunidade absoluta, e portanto desaparecido o único fundamento que vinha justificando a extinção liminar do processo.

A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto, só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de nossa jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular — visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derrogadas por qualquer norma ulterior. A prática recente revela, de todo modo, que o Estado condenado no processo de conhecimento propende a não criar embaraços à execução.

Uma *Convenção das Nações Unidas sobre a imunidade de jurisdição do Estado e de seus bens* à jurisdição estrangeira foi adotada pela Assembleia Geral em 2 de dezembro de 2004, à base de um projeto da Comissão do Direito Internacional, e não entrou ainda em vigor, dependente que se encontra do *quorum* de trinta manifestações definitivas de consentimento. O confron-

---

14. *V.* Guido F. S. Soares, As imunidades de jurisdição na justiça trabalhista brasileira; *BSBDI* (1992), v. 77-78, p. 101 e s.

to desse texto com o direito positivo preexistente — a Convenção europeia de 1972, as leis internas promulgadas nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha, na Austrália, no Canadá — e com precedentes judiciários de nações diversas permite ter como provável que a imunidade não subsistirá no que se refere a toda espécie de processo *derivado de relação jurídica entre o Estado estrangeiro e o meio local* — mais exatamente os particulares locais. Isso significa algo afinal previsível por sua perfeita naturalidade: a Justiça local é competente para conhecer da demanda contra o Estado estrangeiro, sem que este possa arguir imunidade, justamente naqueles casos em que o direito substantivo local é aplicável. Tal o caso da reclamação trabalhista deduzida por aquele que a embaixada recrutou *in loco* (não importando sua nacionalidade, que pode ser até mesmo a do Estado empregador), ou da cobrança do preço da empreitada, dos serviços médicos, do aluguel em atraso, da indenização pelo infortúnio no trânsito.

A imunidade tende a reduzir-se, desse modo, ao mais estrito sentido dos *acta jure imperii*, a um domínio regido seja pelo direito das gentes, seja pelas leis do próprio Estado estrangeiro: suas relações com o Estado local ou com terceira soberania, com seus próprios agentes recrutados na origem, com seus nacionais em matéria de direito público — questões tendo a ver com a nacionalidade, os direitos políticos, a função pública, o serviço militar, entre outras[15].

É regida pelo direito internacional, e imune, por isso, a qualquer jurisdição doméstica, toda relação entre Estados soberanos, por miúdo e prosaico que pareça seu domínio. Nenhum erro mais primário se cometeu no Brasil, nos últimos anos, do que o ajuizamento, pela advocacia do fisco, de ações executivas contra nações estrangeiras — apresentadas formalmente pelo autor como "consulados" deste ou daquele

---

15. Sobre a imunidade de jurisdição das organizações internacionais representadas no Brasil, *v*. adiante o § 160.

país — para cobrança de tributos ou de multas fiscais (!!!). Se o Estado estrangeiro, aqui representado por sua missão diplomática ou consular, comete qualquer falta ou abuso de direito, incumbe ao governo da República, pela voz do Ministério das Relações Exteriores, chamá-lo à ordem, prevenir a repetição do abuso, ou mesmo reprimi-lo com medida mais séria como a censura ao agente diplomático ou consular faltoso, a declaração de *persona non grata* que o devolva à origem, eventualmente a instauração de um contencioso internacional. São normas e práticas internacionais, aqui interpretadas e aplicadas pelo governo, com uma larga margem de discricionariedade casuística, que estabelecem, por exemplo, os limites à importação isenta que as missões estrangeiras realizam normalmente, seja de veículos ou de equipamentos de informática, seja de álcool para sua atividade social.

## Seção III — DIMENSÃO PESSOAL DO ESTADO

**101. População e comunidade nacional.** População do Estado é o conjunto das pessoas instaladas em caráter permanente sobre seu território: uma vasta maioria de nacionais, e um contingente minoritário — em número proporcional variável, conforme o país e a época — de estrangeiros residentes. Importante lembrar que a *dimensão pessoal* do Estado soberano (seu elemento constitutivo, ao lado do território e do governo) não é a respectiva população, mas a *comunidade nacional*, ou seja, o conjunto de seus nacionais, incluindo aqueles, minoritários, que se tenham estabelecido no exterior. Sobre os estrangeiros residentes o Estado exerce inúmeras competências inerentes à sua *jurisdição territorial*. Sobre seus nacionais distantes o Estado exerce *jurisdição pessoal*, fundada no vínculo de nacionalidade, e independente do território onde se encontrem.

**102. Conceito de nacionalidade.** Nacionalidade é um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado. Importante no âmbito do direito das gentes, esse vínculo político recebe, entretanto, uma disciplina jurídica de direito in-

terno: a cada Estado incumbe legislar sobre sua própria nacionalidade, desde que respeitadas, no direito internacional, as regras gerais, assim como regras particulares com que acaso se tenha comprometido. Aqui se impõem duas observações preliminares:

a) Todo o substrato social e histórico do instituto da nacionalidade tende a apontar, de modo inequívoco, apenas o ser humano como seu titular. É por extensão que se usa falar em nacionalidade das *pessoas jurídicas*, e até mesmo em nacionalidade das *coisas*. No primeiro caso não há negar valor jurídico ao vínculo, apesar de que fundado quase sempre na mera consideração da sede social ou do lugar de fundação da empresa. No segundo, o uso do termo *nacionalidade* não excede à metáfora. Assim, a constância com que ouvimos referência a *aviões brasileiros* ou a *sociedades brasileiras* de capital aberto não nos deve levar a confundir um vínculo político eminente, dotado de amplo lastro na história das sociedades humanas, com mera sujeição de ordem administrativa, mutável ao sabor da compra e venda.

b) Ao menos no que concerne ao direito das gentes, o Estado soberano é o único outorgante possível da nacionalidade. Se, por tradição, certos complexos federais como a Suíça consagram uma curiosa forma de dupla instância, proclamando que nos seus nacionais a nacionalidade federal deriva da nacionalidade atribuída pelo Estado-membro, fazem-no para uso interno. Nenhuma província federada, titular de autonomia porém carente de soberania, pode fazer valer no plano internacional uma pretensa prerrogativa de proteção ao indivíduo, visto que nesse plano lhe falta personalidade jurídica.

## Subseção 1 — A NACIONALIDADE EM DIREITO INTERNACIONAL

**103. Princípios gerais e normas costumeiras.** A dimensão humana, a *dimensão pessoal*, é inerente ao Estado: ele tem assim

a elementar necessidade de estabelecer distinção entre seus nacionais e os estrangeiros. Esse princípio geral, que nenhuma ordem jurídica deixou de observar, foi não obstante posto em dúvida por Hans Kelsen[16], para quem nada impede que o Estado se abstenha de editar o regramento jurídico de sua própria nacionalidade — e, pois, de possuir nacionais. Mas Pontes de Miranda observou, com razão, que há uma necessidade imperiosa de que o Estado se manifeste em determinadas pessoas (quando menos, na singular pessoa do seu chefe)[17]. Mal se pode compreender, mesmo em pura teoria, a existência de um Estado cuja dimensão humana fosse toda ela integrada por estrangeiros, e cujo governo "soberano" se encontrasse nas mãos de súditos de outros países.

É também princípio geral de direito das gentes a regra expressa no art. 15 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU — 1948): o Estado não pode arbitrariamente privar o indivíduo de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. Esse duplo preceito sucede, no contexto do artigo, à afirmação de que *todo indivíduo tem direito a uma nacionalidade* — regra que recolhe unânime simpatia, mas que, por não ter um destinatário identificável, pode carecer de eficácia.

Por último, vale dar destaque ao princípio da efetividade: o vínculo patrial não deve fundar-se na pura formalidade ou no artifício, mas na existência de laços sociais consistentes entre o indivíduo e o Estado.

De modo geral a *nacionalidade originária* (aquela que a pessoa se vê atribuir quando nasce) resulta da consideração, em grau variado, do lugar do nascimento (*jus soli*) e da nacionalidade dos pais (*jus sanguinis*). A manifestação de vontade

16. Hans Kelsen, Théorie générale du droit international public; *Recueil des Cours* (1932), v. 42, p. 244.

17. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, v. 4, p. 367.

— que opera às vezes como elemento acessório para a determinação da nacionalidade originária — é pressuposto indispensável da aquisição ulterior de outro vínculo patrial, mas deve apoiar-se sobre fatos sociais indicativos da relação indivíduo-Estado. Com efeito, a *nacionalidade derivada*, que se obtém mediante naturalização e na maioria dos casos implica a ruptura do vínculo anterior, há de ter requisitos como alguns anos de residência no país, o domínio do idioma, e outros mais, ora alternativos ora cumulativos. Quando um Estado concede a alguém sua nacionalidade por naturalização carente de apoio em fatos sociais, não se discute seu direito de prestigiar esse gracioso vínculo dentro de seu próprio território. Lá fora, contudo, outros governos, e destacadamente os foros internacionais, tenderão a negar reconhecimento a essa nacionalidade, considerada inefetiva. Foi o que fez a Corte da Haia no caso *Nottebohm* — versado adiante, no capítulo que trata da responsabilidade internacional.

A título costumeiro vigem pelo menos duas normas incontestadas, a primeira sobre a definição da nacionalidade, a outra sobre seus efeitos. É de prática generalizada excluírem-se da atribuição de nacionalidade *jure soli* os filhos de agentes de Estados estrangeiros — diplomatas, cônsules, membros de missões especiais. Essa prática vem acompanhada pela *opinio juris*: os Estados a prestigiam na convicção de sua necessidade e justiça. A presunção de índole social que sustenta essa regra é a de que o filho de agentes estrangeiros terá por certo um outro vínculo patrial — resultante da nacionalidade dos pais (*jus sanguinis*) e da respectiva função pública —, tendente a merecer sua preferência. Uma segunda regra depreensível de prática geral aceita como sendo o direito é a que proíbe o *banimento*. Nenhum Estado pode expulsar nacional seu, com destino a território estrangeiro ou a espaço de uso comum. Há, pelo contrário, uma obrigação, para o Estado, de acolher seus nacionais em qualquer circunstância, incluída a hipótese de que tenham sido expulsos de onde se encontravam.

**104. Tratados multilaterais.** O direito internacional escrito tem, de modo esparso e avulso, procurado reduzir os problemas da *apatria* e da *polipatria*, ora trazendo à ordem geral certos Esta-

dos excessivamente absorventes, ou, pelo contrário, refratários demais à outorga da nacionalidade, ora tendendo a proscrever, nesse âmbito, a distinção entre os sexos e a repercussão automática do casamento, ou de sua dissolução, sobre o vínculo patrial.

A Convenção da Haia de 12 de abril de 1930[18] proclama, de início, a liberdade do Estado para determinar em direito interno quais são seus nacionais, ponderando, embora, que tal determinação só é oponível aos demais Estados quando revestida de um mínimo de *efetividade*, à base de fatores ditados pelo costume pertinente (lugar do nascimento, filiação, tempo razoável de residência ou outro indicativo de vínculo como pressuposto da naturalização). No mais, limita-se o texto da Haia a condenar a repercussão *de pleno direito* sobre a mulher, na constância do casamento, da eventual mudança de nacionalidade do marido, e a determinar aos Estados cuja lei subtrai a nacionalidade à mulher em razão do casamento com estrangeiro, que se certifiquem da aquisição, por aquela, da nacionalidade do marido, prevenindo desse modo a perda não compensada, vale dizer a apatria.

Ainda em salvaguarda dos direitos da mulher, duas convenções multilaterais viriam a merecer a cômoda participação do Brasil, cuja lei doméstica já então abolira toda distinção fundada no sexo, no terreno da nacionalidade. A primeira, resultante da 7ª Conferência Interamericana, condenava qualquer legislação ou prática discriminatória, nisto se resumindo[19]. A segunda, de alcance espacial mais amplo, porém de conteúdo igualmente simples, celebrou-se em Nova York, sob o patrocínio das Nações

---

18. Promulgada no Brasil pelo Decreto n. 21.798, de 6 de setembro de 1932, e ainda hoje em vigor para um total de quinze países, em sua maioria europeus.

19. Convenção sobre a nacionalidade da mulher, celebrada em Montevidéu, em 26 de dezembro de 1933, e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 2.411, de 23 de fevereiro de 1938.

Unidas, em 20 de fevereiro de 1957[20], e cuidou tão só de imunizar a nacionalidade da mulher contra todo efeito automático do casamento, do divórcio, ou das alterações da nacionalidade do marido na constância do vínculo.

Vale observar que já em 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua terceira sessão ordinária, trazia a nacionalidade à área dos *direitos fundamentais da pessoa humana*, tendo como premissa maior a consideração do desamparo e dos transtornos resultantes da apatria. O art. 15 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, então aprovada, dispunha, como visto, que "todo homem tem direito a uma nacionalidade", e que "ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade". Essas mesmas regras seriam retomadas pelo art. 20 da Convenção americana sobre direitos humanos, celebrada em São José da Costa Rica, em 1969, que inovou uma terceira: "Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra".

É ilusória a proclamação do direito de todo ser humano a uma nacionalidade, de vez que a regra não tem destinatário certo. Aceitando-a, o Estado, isoladamente considerado, a nada se compromete. Já a segunda norma, comum aos dois textos indicados, é operante, visto que parte do pressuposto da existência do vínculo pátrio, proibindo sua supressão arbitrária ou sua imposição inarredável. Sucede que presumivelmente nenhum Estado, ao privar alguém da nacionalidade ou do direito de mudá-la, deixará de invocar razões de direito interno que subtraiam à medida o cunho de arbitrariedade. Mesmo sob o peso dessa consideração, veremos sobreviver na regra um elemento de grande valia: o direito de mudar de nacionalidade é ali reconhecido com força de dogma, tanto que se comprometem os Estados a não cerceá-lo sem justo motivo. Rejeita-se desse modo, embora tardiamente, o velho conceito da *allégeance perpétuelle*, ou seja, da nacionalidade imutável.

---

20. Convenção sobre a nacionalidade da mulher casada, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 64.216, de 18 de março de 1969, com reserva ao art. X, que predeterminava a competência da Corte Internacional de Justiça para resolver os litígios resultantes da aplicação do tratado.

A terceira regra, presente apenas na Convenção americana de São José, diz do direito de toda pessoa à nacionalidade do Estado *em cujo território houver nascido*, na falta de outra. Aqui nos defrontamos com norma dotada de incontestável eficácia, que, acaso aceita pela totalidade dos Estados, reduziria substancialmente a incidência dos casos de apatria, podendo mesmo eliminá-los por inteiro quando complementada por disposições de direito interno relativas à extensão ficta do território (navios e aeronaves) e à presunção de nascimento local em favor dos expostos. Esse percuciente princípio não veio à luz, originalmente, em São José da Costa Rica. Quinze anos antes, a Comissão do Direito Internacional da ONU o exprimira no art. 1º de um projeto de convenção "para a supressão da apatria no futuro", que acabou no arquivo. Com pretensões mais modestas, outro projeto da Comissão, este tendente a "reduzir os casos de apatria", e ostentando um dispositivo inicial lavrado nos mesmos termos, vingaria no seio das Nações Unidas, sob a forma de convenção, celebrada em 30 de agosto de 1961, e hoje ratificada por apenas vinte e seis Estados.

### Subseção 2 — A NACIONALIDADE BRASILEIRA

**105. Matéria constitucional.** O Estado é livre para conferir disciplina legal à sua nacionalidade. Ele o fará com lógica, levando em conta valores sociais até certo ponto uniformes, e por isso mesmo abonados pelo direito internacional. Seguindo regra geral, o Brasil fixa as condições de atribuição, aquisição e perda da nacionalidade brasileira à luz da doutrina que decidiu adotar, conservando-se indiferente ao problema concreto da superposição eventual de ordens jurídicas.

A nacionalidade, no Brasil, é matéria *constitucional*: em breve sequência de dispositivos, a lei maior traça as normas básicas, pouco fazendo cair no domínio da legislação ordinária. Não temos, como a França, um casuístico e imenso Código da

Nacionalidade, hábil para facilitar a tarefa de funcionários subalternos, mas impeditivo, como observa Paul Lagarde, da fixação de *princípios gerais* para "guiar a jurisprudência na solução das inevitáveis obscuridades ou lacunas do texto"[21]. Entre nós, não poderia deixar de ser notável a contribuição importada pela jurisprudência e pela doutrina ao entendimento do sumário capítulo com que a carta se dispôs a equacionar a matéria.

**106. Brasileiros natos.** Qualifica-se como brasileiro nato aquele que ao nascer — geralmente no Brasil, mas eventualmente no exterior — viu-se atribuir a nacionalidade brasileira ou, quando menos, a perspectiva de consolidá-la mediante opção, de efeitos retroativos.

A Constituição aponta, em primeiro lugar, como brasileiros natos os nascidos em território brasileiro, embora de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país. Fundado no critério territorial, usualmente valorizado pelas nações que se formaram à base da imigração, esse primeiro item dita a principal e a mais larga dentre as vias de atribuição da nacionalidade.

Um problema vestibular, mais complicado do que se poderia à primeira vista supor, é o da noção do que seja *território brasileiro*. Seria prático compreendê-lo no mais estrito dos sentidos, ou seja, como a massa territorial contínua dividida em unidades federadas. Desse modo, nascer no Brasil significaria, necessariamente, ter a naturalidade fixada em uma das quase seis mil circunscrições municipais em que o solo pátrio se subdivide. De outro modo, ter-se-ia nascido fora do território brasileiro, o que excluiria o *jus soli* mas não a perspectiva de atribuição da nacionalidade originária por outra das fórmulas constitucionais. O constituinte nada disse acerca dos espaços hídricos, aéreos, ou mesmo terrestres, imunes a qualquer incidência de soberania (o alto mar, o espaço aéreo, o continente antártico). Mas quem aí vem ao mundo também não pode ser considerado por nós como nascido *no estrangeiro*, visto que tais espaços são neutros, e de uso comum disciplinado

---

21. Paul Lagarde, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 1975, p. 29.

pelo direito internacional. Transferido o problema à doutrina, Pontes de Miranda propôs solução convincente: entendem-se nascidos no Brasil os nascidos a bordo de navios ou aeronaves de bandeira brasileira quando trafeguem por espaços neutros. O mesmo não ocorre, obviamente, em espaços afetos à soberania de outro Estado, mesmo se público o engenho onde acontece o nascimento. Há também a hipótese de alguém nascer a bordo, no mar territorial brasileiro ou em nosso espaço aéreo, qualquer que seja a bandeira do navio ou aeronave. Esses espaços nada têm de estrangeiros ou de neutros, de modo que justificam a atribuição da nacionalidade *jure soli*. Mas é também de Pontes de Miranda a lembrança de que, em tais casos, é pouco provável que se reclame a nacionalidade brasileira se nenhum outro vínculo existe entre a família e o Brasil. Se assim não for, não há como recusar a nacionalidade brasileira originária, solicitada pelos genitores ou pelo próprio interessado no futuro. Vale recordar que nosso sistema não impõe preclusões, não impõe perda de direitos, quanto à nacionalidade, pelo decurso do tempo. Países existem em que a partir de certa idade (25 anos na França) já não é possível discutir esse tema nem modificar a nacionalidade originária consolidada. Entre nós, é juridicamente possível que alguém por aqui apareça já idoso, provando, entretanto, que nasceu em Viena, ou em Xangai, da união informal entre o cônsul do Brasil e uma nacional da terra; ou que nasceu a bordo de um engenho norte-americano em trânsito no espaço aéreo ou no mar territorial brasileiro; ou que nasceu em plena selva, junto da fronteira, quando sua mãe, colombiana, alcançava o território brasileiro numa fuga à polícia, ou à guerrilha, ou ao narcotráfico. Em qualquer dessas hipóteses, provada a materialidade do fato, o reconhecimento da nacionalidade originária se impõe.

A regra constitucional do *jus soli* comporta exceção expressa em seu desfecho: não são brasileiros, embora nascidos no Brasil, os filhos de pais estrangeiros que aqui se encontrem a serviço de seu país. O serviço, desde que público e afeto a potência estrangeira, não precisa implicar permanência em nosso território, nem cobertura das imunidades diplomáticas. Entendem-se a serviço de nação estrangeira ambos os componentes do casal, ainda que apenas um deles detenha cargo, na medida em que o outro não faça mais que acompanhá-lo.

Há, na exceção ao *jus soli*, outro aspecto relevante, em torno do qual os autores não discrepam: os pais, estrangeiros, devem estar a serviço do país cuja nacionalidade possuem para que inocorra a atribuição da nacionalidade brasileira. Seria brasileiro, dessa forma, o filho de um egípcio que cuidasse no Brasil da re-

presentação de Catar ou de Omã. A quem estranhe essa particularidade, convém lembrar que o constituinte não tencionou abrir exceção ao *jus soli* senão quando em presença de uma contundente presunção de que o elemento aqui nascido terá outra nacionalidade, merecedora, por razões naturais, de sua preferência, e de que assim a atribuição da nacionalidade local iria originar quase que seguramente uma incômoda bipatria, a seu tempo resolvida em favor da nacionalidade estrangeira. Mas, se o Estado patrial dos genitores não é aquele mesmo a cujo serviço se encontram, a presunção perde sua energia, de modo que a recusa da nacionalidade local *jure soli* poderia não raro dar origem a uma situação que a todo custo tem de ser evitada, qual seja a apatria de um natural do Brasil.

São também brasileiros natos, independentemente de toda formalidade, os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço do Brasil. Não importa que o cogenitor seja estrangeiro, e menos ainda importa, nesta hipótese, sua eventual preeminência no quadro do serviço público de seu país.

Serviço no Brasil não é apenas o serviço diplomático ordinário, afeto ao Executivo federal. Compreende todo encargo derivado dos poderes da União, dos estados e municípios. Compreende, mais, nesses três planos, as autarquias. Constitui serviço do Brasil, ainda, o serviço de organização internacional de que a república faça parte. No complexo e diversificado mecanismo das organizações internacionais contemporâneas, nem sempre a indicação do governo do país de origem precondiciona a investidura em cargo de relevo. Na falta de qualquer empenho, e mesmo da simpatia do governo de seu Estado patrial, pode alguém ascender, por exemplo, à Secretaria-Geral das Nações Unidas, ou a uma cátedra na Corte Internacional de Justiça. Isto, no caso brasileiro, de nenhum modo permitiria que se deixasse de entender a serviço do Brasil o nacional beneficiado pela escolha, mesmo porque, como integrante da organização, deve-lhe o país cooperação constante à luz dos dispositivos de sua carta institucional, onde se disciplinam os métodos de recrutamento do contingente humano.

São, finalmente, brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desvinculados do serviço público, desde que registrados em nosso consulado local, *ou*, quando não registrados, desde que venham a residir no território

nacional e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira[22].

**107. Brasileiros naturalizados.** A Constituição do Brasil cuida, ela própria, de favorecer a naturalização dos imigrantes que se fixaram no país há mais de quinze anos, sem quebra de continuidade e sem condenação penal; bem assim a dos originários de países de língua portuguesa, aos quais se exige como prazo de residência no Brasil apenas um ano ininterrupto e idoneidade moral. Dos demais estrangeiros a lei ordinária exige, no mínimo, quatro anos de residência no Brasil, idoneidade, boa saúde e domínio do idioma. O requisito cronológico é atenuado em certas hipóteses, como a de casamento com pessoa local ou prestação de bons serviços ao país. Como quer que seja, no domínio da lei ordinária — que rege a situação dos estrangeiros em geral — a naturalização não é jamais obrigatória, tanto significando que, caso a caso, o governo pode recusá-la mesmo quando preenchidos os requisitos da lei.

O brasileiro naturalizado tem todos os direitos do brasileiro nato, salvo o acesso a certas funções públicas eminentes que a Constituição arrola de modo limitativo.

**108. Perda da nacionalidade brasileira.** A extinção do vínculo patrial pode atingir tanto o brasileiro nato quanto o naturalizado em caso de aquisição de outra nacionalidade, por naturalização voluntária. Nesta hipótese, em face da prova da naturalização concedida lá fora, o presidente da República se limita a declarar a perda da nacionalidade brasileira. Seu ato não tem caráter constitutivo, vale dizer, não é dele que deriva a perda, mas da

---

22. Art. 12, I, *c*, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n. 54, de 2007, que restaurou nossa tradição constitucional sobre as condições da nacionalidade *jure sanguinis*, pondo fim à tropelia que resultara da Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994).

naturalização, que o antecede, e por força da qual se rompe o primitivo vínculo, restringindo-se o chefe do governo, *a posteriori*, a dar publicidade ao fato consumado. Para que acarrete a perda da nossa nacionalidade, a naturalização voluntária, no exterior, deve necessariamente envolver uma conduta *ativa* e *específica*.

Se, ao contrair matrimônio com um francês, uma brasileira é informada de que se lhe concede a nacionalidade francesa em razão do matrimônio, a menos que, dentro de certo prazo, compareça ela ante o juízo competente para, de modo expresso, recusar o benefício, sua inércia não importa naturalização voluntária. Não terá havido, de sua parte, conduta específica visando à obtenção de outro vínculo pátrio, uma vez que o desejo de contrair matrimônio é, por natureza, estranho à questão da nacionalidade. Nem se poderá imputar procedimento ativo a quem não mais fez que calar. Outra seria a situação se, consumado o matrimônio, a autoridade estrangeira oferecesse, nos termos da lei, à nubente brasileira a nacionalidade do marido, mediante simples declaração de vontade, de pronto reduzida a termo. Aqui teríamos autêntica naturalização voluntária, resultante de procedimento específico — visto que o benefício não configurou efeito automático do matrimônio —, e de conduta ativa, ainda que consistente no pronunciar de uma palavra de aquiescência.

O art. 12, § 4º, 2, *b*, da Constituição de 1988 ressalva a naturalização voluntária do brasileiro residente no exterior quando ela constitui, segundo o direito local, um pressuposto da simples permanência ou do mero exercício de direitos civis. Não ocorre mais, nessa hipótese, a perda da nacionalidade brasileira.

O brasileiro naturalizado, e ele apenas, encontra-se sujeito a uma segunda espécie de medida excludente, qual seja o cancelamento da naturalização, por exercer atividade contrária ao interesse nacional. É óbvio que a variante implica processo capaz de comportar amplos meios de defesa.

À margem de todo esse complexo, cabe ao presidente da República anular, por decreto, a aquisição fraudulenta da qualidade de brasileiro. Não se trata, aqui, de uma hipótese de perda da nacionalidade: esta se entenderá nula, e, pois, inexistente desde o início. Ninguém pode perder algo que jamais tenha possuído a não ser em equívoca aparência.

## Subseção 3 — O ESTATUTO DE IGUALDADE

**109. Gênese.** O estatuto de igualdade entre brasileiros e portugueses, inovação jurídica resultante de tratado bilateral do início dos anos setenta, substituído por outro no ano 2000, altera presentemente, entre nós, a clássica noção da nacionalidade como pressuposto necessário da cidadania. Seu regime torna possível que, conservando incólume o vínculo de nacionalidade com um dos dois países, o indivíduo passe a exercer no outro direitos inerentes à qualidade de cidadão.

A Convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e portugueses foi firmada em Brasília, a 7 de setembro de 1971, sob a invocação do "princípio de igualdade inscrito no art. 199 da Constituição brasileira e no artigo 7º — § 3º, da Constituição portuguesa". Esteve em vigor entre 22 de abril de 1972 e 5 de setembro de 2001, data de vigência de um novo compromisso bilateral que havia sido concluído em Porto Seguro, em 22 de abril de 2000, por ocasião do quinto centenário do descobrimento. Este último, o Tratado de amizade, cooperação e consulta entre Brasil e Portugal, ab-roga, entre outros, o tratado de 1971, e disciplina novamente o estatuto de igualdade (arts. 12 a 22), preservando suas características essenciais, mas reduzindo, em certa medida, o escopo da igualdade.

**110. Dois padrões de igualdade.** O estatuto prevê dois procedimentos: o relativo à simples igualdade de direitos e obrigações civis, e um segundo, mais amplo, tendente à obtenção também dos direitos políticos. A iniciativa de postular o benefício do estatuto, num e noutro caso, incumbe sempre à pessoa natural interessada, cabendo ao ministro da Justiça deferir o pedido através de portaria, cujos efeitos, tal como sucede com a naturalização, são individuais. Quando vise tão só à igualdade de direitos e obrigações civis, o português fará prova da sua nacionalidade, da sua capacidade civil e da sua admissão no Brasil em caráter permanente, ainda que recente. Acaso objetivando à cobertura do estatuto em sua forma plena, o interessado fará ainda prova do gozo dos direitos políticos em Portugal e da sua

residência no Brasil pelo prazo mínimo de três anos. Note-se, pois, que para tal efeito o prazo necessário de residência é superior ao que nossa lei reclama para a naturalização dos próprios portugueses, limitado pela Constituição a apenas um ano.

Não é certo supor que a situação do português admitido no regime de igualdade plena seja idêntica à do brasileiro naturalizado. Ao contrário deste último, não pode aquele prestar aqui o serviço militar, encontrando-se ademais sujeito à *expulsão*, e mesmo à *extradição*, quando requerida pelo governo de Portugal. Quando no exterior, e em suas relações com terceiros países, é Portugal, e não o Brasil, que pode dar-lhe proteção diplomática. Ele pode, todavia, votar e ser votado, bem como "ingressar no serviço público do mesmo modo que o brasileiro". Como o estatuto não se circunscreve no plano dos direitos, abrangendo também o dos deveres, não há dúvida de que seu titular fica sujeito, como os eleitores brasileiros, à obrigatoriedade do voto e às sanções correspondentes à omissão. Por isso, percucientemente, o tratado impede o duplo gozo de direitos políticos: obtido este no Estado de residência, ficará suspenso no Estado de origem. No terreno das funções públicas, eletivas ou não, tudo quanto se mostra inacessível ao titular do estatuto pleno é o rol de cargos que a Constituição reserva aos brasileiros natos. Nada o impede, assim, de ascender a cargos como os de senador, deputado, governador, ou magistrado — até o nível dos tribunais superiores.

**111. Extinção do benefício estatutário.** Nada, no estatuto da igualdade, desperta tamanho interesse científico e, em certa medida, tamanha inquietude, quanto a sistemática de sua extinção, caso por caso. Limitando-nos à ótica brasileira, veremos que a igualdade, tanto restrita à órbita civil quanto abrangente dos direitos políticos, quedará extinta pela expulsão do território nacional ou pela perda da nacionalidade originária. Além disso, a suspensão dos direitos políticos, em Portugal, acarretará aqui para o seu nacional a extinção dos mesmos direitos, transformando-o, de titular do estatuto pleno, em beneficiário tão só da igualdade civil.

As duas primeiras fórmulas extintivas, dependentes de decisão da autoridade local, constituem, para ambos os Estados contratantes, meios razoáveis de defesa

contra o abuso individual dos favores do estatuto. Já as duas últimas podem gerar preocupações de parte a parte, e compreensível perplexidade doutrinária. Figuremos o caso do titular do estatuto pleno que, no país de residência, alcance posição proeminente no serviço público. Estará ele, não obstante, sujeito a decair de imediato do regime estatutário, voltando à categoria comum dos estrangeiros, quando, no país de origem, lhe seja retirada a nacionalidade ou a cidadania. Do ponto de vista do Estado de residência ter-se-á aí um ato de governo estrangeiro importando repercussão direta na estrutura de seus serviços. O problema pode assumir especial gravidade quando se avente um possível conflito entre a regra convencional, determinante da extinção do benefício com todos os seus desdobramentos, e as regras constitucionais pertinentes às garantias e direitos elementares da pessoa humana.

## Seção IV — CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO

**112. Admissão discricionária.** Nenhum Estado é obrigado, por princípio de direito das gentes, a admitir estrangeiros em seu território, seja em definitivo, seja a título temporário. Não se tem notícia, entretanto, do uso da prerrogativa teórica de fechar as portas a estrangeiros, embora a intensidade de sua presença varie muito de um país a outro: o número de estrangeiros residentes é maior no Brasil que na Espanha, onde, contudo, são muito mais numerosos os visitantes de curto prazo; excedendo de longe, uns e outros, o contingente de estrangeiros que, a qualquer título, se dirigem ao Nepal ou à Albânia. Entretanto, a partir do momento em que admite o nacional de outro país no âmbito espacial de sua soberania, tem o Estado, perante ele, deveres resultantes do direito internacional costumeiro e escrito, cujo feitio e dimensão variam segundo a natureza do ingresso.

### Subseção 1 — TÍTULOS DE INGRESSO E DIREITOS DO ESTRANGEIRO

**113. Variedade dos vistos.** No Brasil, como nos demais países, são diversos os títulos sob os quais pode ser o estrangeiro admitido. A distinção fundamental é a que deve fazer-se entre o

chamado *imigrante* — aquele que se instala no país com ânimo de permanência definitiva — e o forasteiro temporário: tal o gênero em que se inscrevem turistas, estudantes, missionários, pessoas de negócios, desportistas e outros mais. Distingue-se ainda do visto permanente, que se lança no passaporte dos imigrantes, o visto diplomático, concedido a representantes de soberanias estrangeiras, cuja presença no território nacional é também temporária — embora não tão efêmera quanto costuma ser a daquelas outras classes.

Diversos são os países que, mediante tratado bilateral ou mero exercício de reciprocidade, dispensam a prévia aposição de um visto — por suas autoridades consulares no exterior — nos passaportes de cidadãos de nações amigas. O Brasil não requer visto de entrada para os nacionais da maioria dos países da América Latina e da Europa ocidental, e assim procede à luz de uma rigorosa política de reciprocidade. O ingresso de um estrangeiro com passaporte não visado faz presumir que sua presença no país será temporária: jamais a dispensa do visto poderia interpretar-se como abertura generalizada à imigração.

**114. Diversidade dos direitos.** A qualquer estrangeiro encontrável em seu território — mesmo que na mais fugaz das situações, na zona de trânsito de um aeroporto — deve o Estado proporcionar a garantia de certos direitos elementares da pessoa humana: a vida, a integridade física, a prerrogativa eventual de peticionar administrativamente ou requerer em juízo, o tratamento isonômico em relação a pessoas de idêntico estatuto. É possível afirmar, à luz de um quadro comparativo, que na maioria dos países a lei costuma reconhecer aos estrangeiros, mesmo quando temporários, o gozo dos direitos *civis* — com poucas exceções, das quais a mais importante costuma ser o exercício de *trabalho remunerado*, acessível ao estrangeiro residente. No que se refere à propriedade de imóveis, ela é em geral facultada, nos países ocidentais, até mesmo ao estrangeiro que permanece na origem e adquire esse patrimônio mediante negociação à

distância. O Brasil submete a requisitos severos — mas não proíbe — a aquisição, por estrangeiro, de terras na faixa de fronteiras.

O estrangeiro não tem *direitos políticos*, mesmo quando instalado definitivamente no território e entregue à plenitude de suas potencialidades civis, no trabalho e no comércio. Este princípio — só excepcionado por convenções especiais como o *estatuto da igualdade* — significa que ele não pode *votar* ou *ser votado*, nem habilitar-se a uma carreira estatutária no *serviço público* (desde 1998, entretanto, por força de emenda que alterou o art. 37-I da Constituição, certas funções públicas podem ser, *na forma da lei*, exercidas por estrangeiros). No Brasil, valeria acrescentar que a falta de direitos políticos torna o estrangeiro inidôneo para propor a *ação popular*, uma forma de exercício da cidadania destinada à proteção do patrimônio público.

Mediante tratados, países diversos já se entenderam no sentido de que os nacionais de cada um deles tenham no território do outro um estatuto privilegiado em relação aos demais estrangeiros. Tal é o caso do estatuto de igualdade entre brasileiros e portugueses — versado na seção anterior —, por força do qual um português, preservando incólume sua nacionalidade, e continuando, pois, a ser, sob nossa ótica, um estrangeiro, pode ter no Brasil direitos civis e políticos, com a só ressalva dos cargos que a Constituição reserva aos nacionais natos. No âmbito da União Europeia, por força de convenções coletivas que dão sequência aos tratados de Roma, dos anos cinquenta, os nacionais de cada Estado comunitário já gozam, no território dos restantes, de direitos civis irrestritos, e de alguma possibilidade de acesso à função pública.

### Subseção 2 — EXCLUSÃO DO ESTRANGEIRO POR INICIATIVA LOCAL

**115. Deportação.** De início, a deportação não deve ser confundida com o *impedimento à entrada* de estrangeiro, que ocorre quando lhe falta justo título para ingressar no Brasil (um passaporte visado, lá fora, por nosso cônsul, ou, dependendo do país

patrial, um simples passaporte válido). No caso de impedimento, o estrangeiro não ultrapassa a barreira policial da fronteira, porto ou aeroporto: é mandado de volta, sempre que possível a expensas da empresa que para aqui o transportou sem certificar-se da prestabilidade de sua documentação.

A deportação é uma forma de exclusão, do território nacional, daquele estrangeiro que aqui se encontre após uma *entrada irregular* — geralmente clandestina —, ou cuja *estada* tenha-se tornado irregular — quase sempre por excesso de prazo, ou por exercício de trabalho remunerado, no caso do turista. Cuida-se de exclusão por iniciativa das autoridades locais, sem envolvimento da cúpula do governo: no Brasil, policiais federais têm competência para promover a deportação de estrangeiros, quando entendam que não é o caso de regularizar sua documentação. A medida não é exatamente *punitiva*, nem deixa sequelas. O deportado pode retornar ao país desde o momento em que se tenha provido de documentação regular para o ingresso.

**116. Expulsão.** Aqui também se cuida de exclusão do estrangeiro por iniciativa das autoridades locais, e sem destino determinado — embora só o Estado patrial do expulso tenha o dever de recebê-lo quando indesejado alhures. Seus pressupostos são mais graves, e sua consequência é a impossibilidade — em princípio — do *retorno* do expulso ao país. É passível de expulsão, no Brasil, o estrangeiro que sofra condenação criminal de variada ordem, "ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais"[23]. A expulsão pressupõe um

---

23. Art. 65 da Lei n. 6.815/80, tal como alterada pela Lei n. 6.964/81. Esse texto define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e é nele que se encontra o regime legal da deportação, da expulsão e da extradição. Seu art. 75 proíbe a *expulsão* do estrangeiro casado com súdito brasileiro há mais de cinco anos, ou que tenha filho brasileiro sob sua guarda e dependência. Esse fator de ordem familiar não influi na deportação, e tampouco na extradição.

inquérito que tem curso no âmbito do Ministério da Justiça, e ao longo do qual se assegura ao estrangeiro o direito de defesa. Ao ministro incumbe decidir, afinal, sobre a expulsão, e materializá-la por meio de *portaria*. Só a edição de uma portaria futura, revogando a primeira, faculta ao expulso o retorno ao Brasil.

Embora concebida para aplicar-se em circunstâncias mais ásperas, e mediante um ritual mais apurado, a expulsão se assemelha à deportação na ampla faixa discricionária que os dois institutos concedem ao governo — isto sendo certo em toda parte, não apenas no Brasil. Tanto significa que, embora não se possa deportar ou expulsar um estrangeiro que não tenha incorrido nos motivos legais de uma e outra medida, é sempre possível *deixar de fazer* a deportação, ou a expulsão, mesmo em presença de tais motivos. A lei nunca obriga o governo a deportar ou expulsar. Permite-lhe que o faça à luz das circunstâncias, que podem variar segundo o momento político. Certo, ainda, é que os pressupostos da expulsão fazem crescer, dada sua plasticidade, o poder discricionário do governo. O Judiciário brasileiro, enfrentando um mandado de segurança ou um *habeas corpus*, não entra no mérito do juízo governamental de periculosidade do estrangeiro sujeito à expulsão: propende a conferir, apenas, a certeza dos fatos que tenham justificado a medida, para não permitir que por puro arbítrio, e à margem dos termos já bastante largos da lei, um estrangeiro seja expulso do território nacional.

### Subseção 3 — A EXTRADIÇÃO

**117. Conceito e fundamento jurídico.** Extradição é a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de pessoa que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena. Cuida-se de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados: o governo requerente da extradição

só toma essa iniciativa em razão da existência do processo penal — findo ou em curso — ante sua Justiça; e o governo do Estado requerido (ou Estado "de asilo", na linguagem imprópria de alguns autores de expressão inglesa) não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local. A extradição pressupõe sempre um *processo penal*: ela não serve para a recuperação forçada do devedor relapso ou do chefe de família que emigra para desertar dos seus deveres de sustento da prole.

O fundamento jurídico de todo pedido de extradição há de ser um *tratado* entre os dois países envolvidos, no qual se estabeleça que, em presença de determinados pressupostos, dar-se-á a entrega da pessoa reclamada[24]. Na falta de tratado, o pedido de extradição só fará sentido se o Estado de refúgio do indivíduo for receptivo — à luz de sua própria legislação — a uma *promessa de reciprocidade*. Neste caso, os pressupostos da extradição hão de encontrar-se alistados na lei doméstica, a cujo texto recorrerá o Judiciário local para avaliar a legalidade e a procedência do pedido. Assim, não havendo tratado, a reciprocidade opera como base jurídica da extradição quando um Estado submete a outro um pedido extradicional a ser examinado à luz do direito interno deste último, prometendo acolher, no

---

24. Bilaterais e específicos, vigem atualmente tratados de extradição entre o Brasil e a Austrália (1996 — ano de entrada em vigor), a Bélgica (1957), o Canadá (1995), a Colômbia (1940), a Coreia (1996), o Equador (1938), a Espanha (1990), os Estados Unidos da América (1964), a França (1996), a Itália (1993), o México (1938), o Peru (1922, 1999), Portugal (1994), o Reino Unido (1997), a República Dominicana (2008), a Romênia (2008), a Rússia (2007), a Suíça (1934), a Ucrânia (2006), o Uruguai (1919) e a Venezuela (1940). No plano coletivo, o Brasil está vinculado por tratado de 2005 aos seus parceiros e associados no Mercosul: Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia e Chile. O Congresso examina neste momento os tratados negociados com Angola, Guatemala, Líbano, Moçambique, Panamá e Suriname. Há negociações em curso com a África do Sul, a Alemanha, a China, a Índia e o Japão.

futuro, pedidos que transitem em sentido inverso, e processá-los na conformidade de seu próprio direito interno.

**118. A extradição no Brasil: reciprocidade e poderes constitucionais do Congresso.** Corretamente entendida, e a exemplo de qualquer promessa, a de reciprocidade em matéria extradicional tanto pode ser acolhida quanto rejeitada, sem fundamentação, pelo governo brasileiro. Sua aceitação não significa um compromisso internacional sujeito ao referendo do Congresso. O governo pode, mesmo, declinar de promessa feita, em caso concreto, por país cujas solicitações anteriores tenham tido melhor êxito. Examinando a regra constitucional que subordina à aprovação do poder Legislativo os tratados e atos internacionais celebrados pelo presidente da República, manifestava-se, na qualidade de relator da Extradição 272-4, o ministro Victor Nunes Leal:

> "O melhor entendimento da Constituição é que ela se refere aos atos internacionais de que resultem obrigações para o nosso país. Quando muito, portanto, caberia discutir a exigência da aprovação parlamentar para o compromisso de reciprocidade que fosse apresentado pelo governo brasileiro em seus pedidos de extradição. Mas a simples aceitação da promessa de Estado estrangeiro não envolve obrigação para nós. Nenhum outro Estado, à falta de norma convencional, ou de promessa feita pelo Brasil (que não é o caso), poderia pretender um *direito* à extradição, exigível do nosso país, pois não há normas de direito internacional sobre extradição obrigatória para todos os Estados" (caso *Stangl*, RTJ 43/193).

**119. Discrição governamental e obrigação convencional.** Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma *recusa sumária*, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em

causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da *entrega* do extraditando[25]. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, assim, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do governo à hora da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, entre outros.

**120. Submissão ao exame judiciário.** Excluída a hipótese de que o governo, livre de obrigações convencionais, decida pela recusa sumária, impõe-se-lhe a submissão do pedido ao crivo judiciário. Este se justifica, na doutrina internacional, pela elementar circunstância de se encontrar em causa a liberdade do ser humano. Nossa lei fundamental, que cobre de garantias tanto os nacionais quanto os estrangeiros residentes no país, defere ao Supremo o exame da legalidade da demanda extradicional[26], a se operar à luz da lei interna e do tratado acaso existente. Percebe-se que a fase *judiciária* do procedimento está situada entre duas fases *governamentais*, inerente a primeira à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado. Vale perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo governo *antes* ou *depois* do pronunciamento do tribunal. A propósito, veja-se que

25. Art. 91 da Lei n. 6.815/80.

26. O STF tem reconhecido sua competência originária para o conhecimento de *habeas corpus*, e mesmo de mandados de segurança, impetrados em favor de extraditandos (*v.* HC 80.923-SC, 2001, e Reclamação 2.069-DF, 2002).

o processo da extradição no Supremo Tribunal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções. Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao tribunal traduz aquiescência da parte do governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. Nasceu, como era de esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o tribunal *defere* a extradição. Não se limita, assim, a *declará-la viável*, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária.

**121. Controle jurisdicional.** Recebendo do governo o pedido de extradição e peças anexas, o presidente do Supremo o faz autuar e distribuir, e o ministro relator determina a prisão do extraditando. Tem início um processo cujo caráter contencioso parece discutível quando se considera que o Estado requerente não é *parte*, e que o Ministério Público atua em estrita fiscalização da lei[27]. Ao primeiro, apesar disso, tem o Tribunal concedido a prerrogativa de se fazer representar por advogado. Ficou claro, no julgamento do caso *Beddas*[28], que essa admissão cons-

---

27. Não pode, entre nós, o extraditando, como no sistema francês, renunciar ao benefício da lei, externando a vontade de ser colocado à disposição do Estado que o reclama independentemente do pronunciamento judiciário (caso *Sardon*, Extr. 314, *RTJ* 64/22; caso *Joy*, HC 52.251, Tribunal Pleno em 22 de maio de 1974).

28. Extr. 270, *RTJ* 45/636.

titui ato de cortesia, paralelamente inspirado no interesse da própria corte em, provida de maiores subsídios, melhor se habilitar à aplicação do direito à espécie. A Procuradoria-Geral da República, por seu turno, nem se encontra legalmente vinculada ao interesse do Estado postulante, nem procede, na prática, como se devesse resguardá-lo à revelia de suas convicções. Isento da condição de parte, o Estado requerente se sujeita, não obstante, a efeitos análogos aos da sucumbência quando indeferido o pedido, quer por ilegalidade, quer por defeito de forma não corrigido em tempo hábil, visto que não poderá renová-lo.

A defesa do extraditando não pode explorar o mérito da acusação: ela será impertinente em tudo quanto não diga respeito à sua identidade, à instrução do pedido ou à ilegalidade da extradição à luz da lei específica. Rara é a afirmação de que o indivíduo preso ao dispor da corte e o indivíduo reclamado não são a mesma pessoa[29]. Constantes, por outro lado, são as críticas à correção formal do pedido ou à sua legalidade.

Em caso de insuficiência documental, prevê a lei que o julgamento seja convertido em diligência, concedendo-se ao Estado requerente o prazo de sessenta dias[30] (contados da notificação de sua embaixada pelo Itamaraty), para completar o acervo. Esgotado o prazo, o pedido voltará a julgamento, cumprida ou não a diligência.

**122. Legalidade da extradição.** O exame judiciário da extradição é o apurar da presença de seus pressupostos, arrolados na lei interna e no tratado acaso aplicável. Os da lei brasileira coincidem, em linhas gerais, com os da maioria das restantes leis domésticas e dos textos convencionais contemporâneos. Um desses pressupostos diz respeito à *condição pessoal* do extradi-

---

29. Caso *Borsani*, Extr. 310; caso *Valiente*, Extr. 330.

30. Art. 85, § 2º, da Lei n. 6.815/80.

tando, vários deles ao *fato* que se lhe atribui, e alguns outros, finalmente, ao *processo* que contra ele tem ou teve curso no Estado requerente.

O pressuposto atinente à pessoa do extraditando tem a ver com sua nacionalidade: o Brasil é um dos países majoritários que somente extraditam estrangeiros. Essa regra, absoluta até 1988, comporta agora exceções. A nova Constituição autoriza a extradição do brasileiro naturalizado, por crime anterior à naturalização ou por tráfico de drogas — neste segundo caso, independentemente da cronologia.

A Grã-Bretanha é um daqueles países que admitem, de modo geral, a extradição de seus próprios nacionais, e isto tem a ver com a impossibilidade, na maioria dos casos, de se julgar lá mesmo o cidadão britânico que tenha cometido crime no exterior. O Brasil se habilita, nos termos do art. 7º do Código Penal, a julgar crimes praticados por brasileiro no exterior. Assim, a recusa da extradição não importa impunidade: o acervo documental relativo ao crime permitirá que se instaure entre nós o processo.

O *fato* determinante da extradição será necessariamente um *crime*, de *direito comum*, de *certa gravidade*, sujeito à jurisdição do Estado requerente, estranho à jurisdição brasileira, e de punibilidade não extinta pelo decurso do tempo. Intriga que se tenha exigido a incriminação do fato tanto pela lei local quanto *pela do Estado postulante*, por parecer óbvio, à primeira vista, que sem a última o pedido não teria sido formulado. A regra serve, contudo, para deixar claro que a extradição pressupõe *processo penal*, não se prestando a forçar a migração do acusado em processo administrativo, do contribuinte relapso, ou do alimentante omisso, entre outros.

a) O fato, narrado em todas as suas circunstâncias, deve ser considerado crime por ambas as leis em confronto. Pouco importam as variações terminológicas, e irreleva, até mesmo, a eventualidade de que no Estado requerente o classifiquem

na categoria intermediária dos delitos. José Frederico Marques ensinou que a dupla incriminação, na sistemática de nosso direito penal interno, refere-se não apenas à tipicidade, mas também ao *jus puniendi*. O tribunal denegaria, por exemplo, a extradição do menor de dezoito anos reclamado, por homicídio, pela Argentina ou pelos Estados Unidos da América. Os três sistemas penais igualmente tipificam o fato de "matar alguém". Instruída, porém, pela minuciosa narrativa que a lei lhe manda submeter, saberá a corte que *aquele* ato concreto carece, entre nós, do requisito da punibilidade.

b) A extradição pressupõe *crime comum*, não se prestando à entrega forçada do delinquente político. Ao tribunal incumbe, à luz do critério da preponderância, qualificar os casos fronteiriços, e isso dá ensejo, eventualmente, à divisão de vozes. Assim, a extradição de Eduardo Firmenich à Argentina, em 1984, foi concedida por maioria, depois de cerrado debate (Extr. 417, RTJ 111/13).

**LEITURA**

Voto vencido do autor no Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Extradição 417 (*caso de Eduardo Firmenich*), em 20 de junho de 1984:

"[...] O Governo argentino cumpre exemplarmente seu dever de pedir a extradição, porque nenhum Estado admite, em princípio, a existência de delitos políticos na sua própria ordem jurídico-penal. A identificação do delito político só se faz de fora para dentro, só se faz à luz dos olhos do observador neutro. Se o Governo argentino cumpre o dever de reclamar a entrega de alguém que se encontra sob acusação perante seus tribunais, é nosso, e exclusivamente nosso, o dever de perquirir a natureza política desses delitos.

O que mais me impressiona neste feito é a tese da responsabilidade penal do extraditando não por atos concretos de coautoria, mas tão só em face do comando da organização clandestina. Tese que, se admitida fosse, levar-nos-ia a afirmar a responsabilidade penal dos chefes de Estado, por conta de tudo quanto haja ocorrido de delituoso no complexo governamental das respectivas nações. A diferença entre um e outro caso se resumiria no fato de que chefes e ex-chefes de Estado não dão entrevista de coração aberto à revista *Status* revelando, com grande desembaraço — e com algum exagero talvez —, as façanhas de seus prepostos mais exaltados.

Considero ainda a situação política reinante na Argentina à época dos fatos, à qual o movimento Montonero se contrapôs, na avaliação da gravidade destes delitos capitulados na lei penal comum, que pretendem revestir natureza política para justificar o asilo e a não extradição. Há que atentar àquele quadro político e institucional que o movimento rebelde, ou resistente, ou subversivo, se dispôs a enfrentar. O que sucedeu na Argentina nos últimos anos não precisa ser lembrado nesta oportunidade. Para só falar no presente, evoco

a repetida descoberta de cemitérios clandestinos, ou o constante clamor por pessoas desaparecidas que não aparecerão mais. O nível de violência que se pode admitir por parte do insurreto político, sem que ele degenere em criminoso comum, mede-se exatamente pelo grau de arbitrariedade e de violência do regime contra o qual ele se insurge. Não posso, assim, ponderar a violência do movimento Montonero com mesma severidade que assumiria, por exemplo, ante terroristas bascos que se voltam hoje contra a unidade e a estabilidade política do Estado democrático espanhol.

Por último, e manifestando meu respeito pelo governo da Argentina — cuja iniciativa é legítima, e que se houve com distinção até na escolha do seu ilustre patrono —, não posso perder de vista que, neste caso, é duvidoso que a extradição vise tão só ao *exercício da justiça penal no seu aspecto ordinário*. A boa-fé do governo requerente não obscurece o fato, mais ou menos notório, de que o processo penal contra antigos líderes montoneros pretende neutralizar certo incômodo político que se produz em setores outros do próprio quadro político argentino, e que estimam tendencioso o intento punitivo do regime hoje ali estabelecido. Acompanho o voto do ministro relator, indeferindo o pedido de extradição".

O Tribunal dividiu-se, concedendo a extradição por maioria, cujo entendimento foi resumido na ementa: *"Prevalência dos crimes comuns sobre o político, aplicando-se os §§ 1º a 3º do artigo 77 da Lei 6.815/80, de exclusiva apreciação da Corte: fatos que caracterizam, em princípio, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas, propaganda de guerra e processos violentos de subversão da ordem"*.

c) Um mínimo de *gravidade* deve marcar o fato imputado ao extraditando, e isto se apura à base única da lei brasileira. Frustra-se a extradição quando nossa lei penal não lhe imponha pena privativa de liberdade, ou quando esta comporte um máximo abstrato igual ou inferior a um ano.

d) O fato delituoso determinante do pedido deve estar sujeito à *jurisdição penal* do Estado requerente, que pode, acaso, sofrer a concorrência de outra jurisdição, desde que não a brasileira. Nesta última hipótese o acervo informativo serve para instruir o processo que aqui deveria ter curso no foro criminal. Faz alguns anos, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal vem abrandando o rigor da regra, e preferindo conceder a extradição — notadamente a de traficantes de drogas — quando não se tenha ainda instaurado no Brasil algum processo pelos mesmos fatos, ainda que lhes pareça aplicável, em princípio, nossa lei penal.

e) Pressuposto final, dentre os relativos ao fato imputado ao extraditando, é que ele não tenha sua *punibilidade extinta pelo decurso do tempo*, quer segundo a lei do Estado requerente, quer conforme a lei brasileira. Havendo pedido vista dos autos da Extradição 267 (caso Bogev, RTJ 50/145), teve o ministro Thompson

Flores ocasião de ponderar que a prescrição deve ser perquirida, separadamente, à luz de uma ou de outra das leis em confronto, concluindo:

"Viável não se torna formar um terceiro sistema, conjugando as duas leis que, em regra, obedecem a princípios diferentes, para adotar um híbrido e com ele solver a tese da prescrição".

Os últimos pressupostos da extradição têm a ver com o *processo penal* que, na origem, tem, ou teve curso contra o extraditando. Neste segundo caso, uma sentença final de privação de liberdade é reclamada pela lei. Por sentença *final* não se entenda, necessariamente, sentença *transitada em julgado*. Diversos são, com efeito, os sistemas nos quais a indisponibilidade do condenado impede que a decisão judiciária se torne irrecorrível. É o que sucede em Portugal, país que com maior frequência nos tem requerido extradições do tipo chamado *executório*, ou seja, daquelas fundadas em processo penal findo. Em sua maioria, as extradições deferidas pelo Brasil se enquadram no modelo *instrutório*, caso em que a lei exige estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente. O Supremo Tribunal tem jurisprudência pacífica no sentido de que tal ordem se deve apoiar em fatos do gênero daqueles que, no sistema processual pátrio, motivariam o decreto de prisão preventiva. A lógica parece impor, de qualquer modo, a conclusão de que não teria havido demanda extradicional se não fosse a evasão do imputado ao foro processante, razão suficiente para a determinação da captura e da custódia.

Impede a extradição a perspectiva de que, no Estado postulante, o extraditando se deva sujeitar a *tribunal ou juízo de exceção*. Nenhuma incumbência poderia ser, para o Supremo, mais áspera que o pronunciamento sobre a matéria. Já não se trata aqui de enfocar um crime, nele vendo caráter político ou comum. Trata-se, antes, de submeter a juízo a autoridade judiciária que

um Estado investiu no poder decisório, havendo-a, conforme o caso, por regular ou por excepcional.

Com diversos votos vencidos, e contrariando o parecer da Procuradoria-Geral da República, o Supremo concedeu à Itália, em 1977, a extradição de Ovidio Lefebvre d'Ovidio, advogado romano envolvido numa operação de suborno de ministros e oficiais da aeronáutica italiana, que deveria ser julgado pela Corte Constitucional — órgão estranho aos quadros do Judiciário, de composição *ad hoc*, ditada pela proporcionalidade dos partidos no parlamento. O Ministério Público e a corrente minoritária no Supremo entenderam que um *tribunal político* pode não ser excepcional quando se destina — como no *impeachment* — a julgar dignitários políticos, por delitos de responsabilidade, aplicando penalidades também políticas, qual a perda do cargo e a inabilitação temporária para o exercício de funções públicas. Mas um tribunal político é seguramente um tribunal de exceção quando se cuida de julgar um cidadão comum, por crime previsto em lei penal comum, e de aplicar penas ordinárias, como o encarceramento. Os votos majoritários prefeririam entender que a Corte Constitucional italiana, apesar de seu perfil político, não configurava, à vista das peculiaridades de seu funcionamento, um juízo de exceção (Extr. 347, *RTJ* 86/1).

**123. Efetivação da entrega do extraditando.** Negada a extradição pela corte, o extraditando é libertado e o Executivo comunica esse desfecho ao Estado requerente. Deferida, incumbe-lhe efetivá-la, não antes de exigir a assunção de certos compromissos.

O Estado requerente deve nesse momento — se não o houver feito antes — prometer ao governo local (a) que não punirá o extraditando por fatos anteriores ao pedido, e dele não constantes: tal a consequência do velho princípio da *especialidade* da extradição; (b) que descontará, na pena, o período de prisão no Brasil por conta da medida: tal a operação que leva o nome de *detração*; (c) que transformará em pena privativa de liberdade uma eventual pena de morte; (d) que não entregará o extraditando a outro Estado que o reclame sem prévia autorização do Brasil; e finalmente (e) que não levará em conta a motivação política do crime para agravar a pena. A retórica deste último requisito contrasta com a utilidade operacional dos demais.

Formalizado o múltiplo compromisso e, se for o caso, superado algum débito do extraditando perante a Justiça brasileira — que o presidente da República, querendo, pode relevar —, o governo, pela voz do Itamaraty, coloca-o à disposição do Estado requerente, que dispõe de um prazo inflexível de sessenta dias, salvo disposição diversa em tratado bilateral, para retirá-lo, por sua conta, do território nacional, sem o que será solto, não se podendo renovar o processo.

### Subseção 4 — VARIANTES ILEGAIS DA EXTRADIÇÃO

**124. Dilemas da Justiça.** Em 1569 o Dr. John Story, que tivera o privilégio de ser o primeiro professor de direito civil em Oxford, foi sequestrado por agentes britânicos em Antuérpia, então sob a soberania espanhola, e conduzido à Inglaterra para se ver processar por alta traição. A despeito dos protestos do acusado e do embaixador espanhol em Londres, Story resultou condenado e executado. Holdsworth descreveria mais tarde sua captura como "uma grosseira afronta aos direitos do rei da Espanha"[31]. Embora notável em razão da personalidade envolvida, não foi esse o primeiro, nem por certo seria o último caso de abdução internacional. Três eventos mais recentes, em particular, motivaram ampla discussão no mundo jurídico e noutras áreas: a detenção de Adolf Eichmann na Argentina, em 1960, a de Antoine Argoud na Alemanha federal, em 1963, e a de Humberto Alvarez-Machain no México, em 1990. As cortes de Israel, da França e dos Estados Unidos, respectivamente, reenfrentaram na época o secular questionamento do direito de exercer jurisdição sobre pessoas cuja presença no banco dos réus fosse o resultado de uma notória via de fato. E nos três casos esse direito foi reafirmado.

31. Cf. Paul O'Higgins, Unlawful seizure and irregular extradition; *BYIL* (1960), v. 36, p. 281-282.

Antigo coronel dos quadros SS, encarregado da "liquidação definitiva da questão judia", Adolf Eichmann habitava um subúrbio de Buenos Aires quando, em maio de 1960, se viu conduzido a Israel sem o conhecimento do governo argentino. Pronunciamentos notórios do primeiro-ministro Ben Gurion exaltaram o feito dos serviços secretos israelenses, embora a reação argentina tenha motivado, logo depois, a versão de que o sequestro fora executado por particulares, agindo por iniciativa própria. Provocado pela Argentina, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou uma resolução que dizia que atos de tal natureza, afrontando a soberania territorial de um Estado-membro, podiam ameaçar a paz e a segurança internacionais. A resolução pedia ainda ao governo israelense que oferecesse à Argentina uma "reparação adequada". Esta, no entender dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, já se materializara nas desculpas apresentadas por Israel. O governo de Buenos Aires, porém, insistia em que a única reparação adequada seria a promoção do retorno de Eichmann ao país de asilo, sem prejuízo da ulterior tramitação de um pedido extradicional regular. Essa posição foi repentinamente alterada, algumas semanas depois, durante a visita a Buenos Aires do jurista israelense Shabtai Rosenne, havendo os dois países posto termo ao conflito com a expedição de um comunicado conjunto.

Membro da Organização do Exército Secreto, e acusado de crimes contra a segurança do Estado, o coronel Antoine Argoud desapareceu misteriosamente de Munique, onde buscara asilo, e na noite de 25 de fevereiro de 1963 reapareceu, envolto em cordas e mordaças, no interior de um veículo estacionado no centro de Paris. Processado ante a Corte de Segurança, Argoud pretendeu, sem sucesso, opor obstáculo ao exercício da jurisdição francesa, em face da via de fato empregada em sua captura. A argumentação da Corte seria severamente criticada por Claude Lombois[32].

Médico mexicano envolvido no tráfico de drogas e acusado do assassinato de um agente da *Drug Enforcement Administration*, Humberto Alvarez-Machain foi capturado no seu consultório em Guadalajara, em 2 de abril de 1990, e levado aos Estados Unidos mediante ação que se apurou haver sido organizada pela própria polícia federal norte-americana. O México protestou de imediato contra a afronta a sua soberania territorial, sendo acompanhado, em sua indignação, por grande número de governos, não apenas do continente. Em plano distinto daquele do direito das gentes, a Justiça americana enfrentava o problema de saber se a captura irregular produz efeitos sobre o processo penal. Em acórdão de 15 de junho de 1992, reformando decisões das instâncias inferiores, a Corte Suprema dos Estados Unidos estatuiu que a irregularidade da captura do réu (vale dizer, a quebra, por agentes do Estado norte-americano, de uma regra elementar de direito internacional

32. *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1971, p. 474-476.

público) não podia operar como argumento de defesa, e que o processo, desse modo, devia prosseguir.

A razão para essa espécie de atitude judiciária — há muito tempo reinante na Grã-Bretanha[33] e nos Estados Unidos[34] — está não só na ausência generalizada de regras processuais permitindo às cortes que se abstenham de exercer jurisdição. Outra carência a ser posta em relevo é a de um argumento moral em favor da liberação do réu regularmente acusado de infrações penais, por conta da via irregular que se haja adotado em sua captura. Juízes e tribunais em toda parte se defrontam correntemente com casos em que uma detenção sem apoio legal — resultante, nas mais das vezes, de ação policial prematura — acabou por ganhar legitimidade desde quando endossada pelo magistrado competente. Nesses casos, ainda que os executores da captura devam responder criminalmente pelo gesto arbitrário, o próprio réu não teria como tirar proveito das circunstâncias nas quais foi detido.

Entretanto, na abdução internacional, nenhuma dúvida existe quanto ao direito, para o Estado cuja soberania foi ultrajada, de exigir o retorno do acusado, desde que a captura ilegal seja obra de agentes do Estado estrangeiro interessado no processo. Diverso o contexto, e a admitir-se que existam "esses cidadãos modestos e devotados à legalidade que se lançam, com perigo de vida e sem recompensa, a buscar no exterior aqueles que escaparam insolentemente da justiça de seus países"[35], tudo quanto se permite ao Estado ofendido é que reclame, oportunamente, a extradição dos autores do sequestro[36]. Por outro lado, ainda que a res-

---

33. Caso *Susanna Scott*, 1829; caso *Parisot*, 1890.

34. Caso *Kerr*, 1866; caso *Sobell*, 1956.

35. A ironia é de Claude Lombois (*Droit pénal international*, cit., p. 474).

36. Em 1906, certo Martínez, réu foragido da Justiça norte-americana, "foi conduzido à força, do México aos Estados Unidos, por outro cidadão mexicano. Este último acabou sendo extraditado pelos Estados Unidos e julgado no México pelo sequestro, recusando o governo americano, porém, a soltura do próprio Martínez". (Cf. M. H. Cardozo, *When extradition fails, is abduction the solution?*, Londres, Sweet & Maxwell, 1965, p. 473.) Casos similares são referidos por Paul O'Higgins (Unlawful seizure and irregular extradition; *BYIL* (1960), v. 36, p. 291).

ponsabilidade do Estado captor se mostre clara, pode o Estado ofendido abrir mão do direito à exigência do retorno, qual sucedeu no caso de Adolf Eichmann.

O governo paraguaio acolheu as ponderações da chancelaria do Brasil e se absteve de protestar formalmente quando agentes da polícia do Rio de Janeiro, agindo sem o conhecimento de qualquer autoridade federal, prenderam no Paraguai três brasileiros acusados de múltiplos crimes de extorsão mediante sequestro, em 12 de julho de 1990. Seis policiais cariocas, levando consigo três repórteres da Rede Globo (!), chegaram ao Paraguai num avião fretado e tiveram êxito em prender Nilo Romano, Alberto Borges e Aloísio Galvão. Descobertos no empreendimento clandestino pelas autoridades paraguaias, não teriam podido retornar ao Brasil, no dia seguinte, não fosse o entendimento entre os dois governos nacionais. Não consta que os advogados de defesa da quadrilha ante a Justiça fluminense tenham pretendido a extinção do processo sob o argumento da irregularidade da captura. De resto, nesse caso concreto a atitude cooperativa do governo paraguaio serviu para redimir a violação da norma de direito internacional — de que aquele país fora a única vítima.

**125. Indiferença do direito internacional.** O estudo histórico da abdução internacional leva a concluir que o direito das gentes limitou sua cobertura, nesse terreno, à soberania do Estado. Assim como os "direitos do rei da Espanha" não deveriam ter sido afrontados em 1569, o território argentino não deveria ter sido palco da ação de membros do serviço secreto israelense em 1960, nem igual façanha se poderia abonar aos agentes da segurança francesa, em solo alemão, três anos mais tarde, ou à polícia americana no México em 1990. Ninguém jamais invocou um princípio de direito internacional público para sustentar que John Story devesse permanecer em Antuérpia, Eichmann na Argentina, Argoud na Alemanha, e mesmo Alvarez-Machain em Guadalajara, no seu solo pátrio, ao abrigo da captura irregular. Inexiste, em verdade, regra de direito internacional que proteja o indivíduo naqueles casos em que se acabe por relevar a violação de território. Aquele direito parece hábil tão só para sancionar a abdução indigerida pelo Estado ofendido. Cooperativo que se mostre este último, a questão não sobrevive. É natural, desse modo, que o direito das gentes ignore o fenômeno da extradição dissimulada.

A abdução não pode exatamente ser vista como quebra da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que previne a prisão arbitrária. Isto porque, nas mais das vezes, um mandado regular de prisão terá sido expedido contra o fugitivo por autoridade competente, no Estado que o reclama. Assim sua captura, no contexto da abdução, só é *arbitrária* porque levada a cabo fora dos limites da jurisdição daquele Estado. A vítima formal da ilegalidade é o Estado asilante, não o próprio fugitivo. Assim, quando quer que o país de asilo coopere com a singular missão estrangeira, nenhuma regra geral de direito internacional público terá sido afrontada.

**126. Vocação protetiva do direito interno.** Alguma proteção do indivíduo contra a extradição arbitrária será somente encontrável, porventura, no direito interno do Estado de refúgio. Embora, em plano teórico, possam abrigar regras dessa natureza, os tratados de extradição jamais se mostraram sensíveis ao problema dos direitos humanos. Com efeito, a técnica adotada na elaboração desses tratados ao longo de séculos faz ver que, através deles, os Estados pactuantes se obrigam a conceder a extradição quando certos pressupostos estejam presentes, sem todavia afirmar que, faltantes tais pressupostos, a extradição não poderá ser concedida. Até hoje nenhum pacto extradicional estatuiu de modo expresso que a rendição do fugitivo é possível *exclusivamente* nos termos do próprio pacto. Na medida em que governada tão só por tratados internacionais, a extradição será sempre exequível à margem de toda e qualquer regra de direito.

As leis internas de extradição, por seu turno, tendem a conciliar o interesse da justiça penal com certas garantias que não se podem negar à pessoa do fugitivo. É certo que tais leis usualmente sucumbem ante os tratados em caso de conflito, seja por força de dispositivo constitucional assegurando a prevalência dos compromissos internacionais sobre normas comuns de direito interno, qual sucede, entre outros países, na França e na Alemanha, seja ainda, como se dá no Brasil, pela afirmação judiciária de que o princípio *lex specialis derogat generali* é quanto basta para autorizar a conclusão de que a lei extradicional doméstica, em sua abstrata generalidade, deve ceder terreno

ao dispositivo acaso diverso, expresso em tratado bilateral que nos vincule ao Estado requerente. Apesar dessa subordinação, a lei extradicional interna opera, em favor do indivíduo, como uma garantia de que a extradição só será concedida se reunidos os pressupostos do texto, eventualmente abrandados, em algum pormenor, pelo que disponha o tratado aplicável. Exclui-se, dessa forma, toda possibilidade de uma extradição arbitrária. E tanto maior será essa garantia quanto, de modo expresso, elimine a lei a perspectiva do uso de figuras variantes, como a deportação e a expulsão, para que se consume a entrega do indivíduo a Estado estrangeiro empenhado em submetê-lo a juízo criminal.

**127. O sistema protetivo no direito brasileiro.** Dois dispositivos avulsos no contexto da Lei n. 6.815/80 fazem de nosso estatuto do estrangeiro uma das leis internas que com maior objetividade cuidaram de prevenir a extradição dissimulada. Trata-se dos arts. 63 e 75, I, que proíbem, nessa ordem, a deportação e a expulsão, sempre que semelhantes medidas impliquem extradição inadmitida pela lei brasileira. A ausência de regras desse teor na legislação de outros países tem às vezes feito com que seus tribunais, no exame de casos concretos, enfrentem a contingência de lembrar aos respectivos governos que expulsão e deportação constituem medidas próprias unicamente para excluir o estrangeiro do território local, sem que se lhe possa assinalar destino compulsório.

Assim procedeu a Alta Corte de Justiça da Austrália quando provocada, em 1974, pelos advogados de Alexander e Thomas Barton, que haviam emigrado para o Brasil após a prática de crimes patrimoniais. À falta de tratado bilateral de extradição, e impossibilitado pelas leis então vigentes[37] de assegurar reciprocidade, o

---

37. O quadro legislativo australiano mudaria ainda no curso de 1974, ali se havendo abolido o princípio "*No extradition without treaty*", de origem inglesa. Facultado o mecanismo da reciprocidade, o governo da Austrália endereçaria ao Brasil sua primeira requisição extradicional fundada em promessa de igual tratamento (caso *Glanville*, Extr. 332, STF, 1975).

governo australiano pretendeu, sem rodeios, oferecer o uso dos mecanismos de deportação como fórmula variante da extradição na hipótese de uma demanda brasileira. Tão singular oferta não chegou, por razões várias, ao conhecimento formal do Supremo. Na própria Austrália, contudo, o Judiciário se incumbiu de fazer-lhe a crítica. Mais dramático foi o desfecho, em 1962, do caso do Dr. Soblen, na Grã-Bretanha, outro país carente de normas que proíbam a deportação e a expulsão quando tais medidas signifiquem, na realidade, um procedimento extradicional. Norte-americano, acusado de haver passado informações sigilosas à União Soviética, valeu-se Soblen da liberdade provisória para buscar refúgio em Israel, de onde seria "expulso" com destino aos Estados Unidos, a bordo de uma aeronave da El Al, sob a custódia de agentes norte-americanos. Poucos minutos antes da escala em Londres o fugitivo cortava os pulsos, a muitos havendo parecido que a tentativa de autoextermínio era em verdade um meio para forçar a permanência temporária em solo britânico, tentando assim obter o amparo da justiça local. Com efeito, ao ato do ministro do Interior que lhe determinava a expulsão reagiu Soblen com um pedido de *habeas corpus*, sublinhando a natureza política de seu crime, e dando, pois, pela ilegalidade de sua restituição às autoridades americanas. Num julgamento final que marcou época, a *House of Lords* abonaria por inteiro o procedimento ministerial, embora ciente de que a "expulsão" conduziria Soblen ao seu país de origem, apesar de uma oferta de asilo por parte do governo tchecoslovaco. O espírito que dominou a corte no caso Soblen parece bem sintetizado nessa afirmação de Lord Donovan:

> "Se A e B são países aliados, é natural que estimem conducente ao bem público a cooperação no sentido de que o súdito de qualquer deles, que passa informações sigilosas a um inimigo comum em potencial, não deva escapar das consequências previstas pela lei"[38].

**128. A doutrina do caso Biggs.** O aparato proibitivo, entre nós, da extradição dissimulada — ou, como concedem alguns, da extradição *de fato* — estava a merecer análise judiciária onde se precisasse seu alcance. A ocasião veio no caso do nacional britânico Ronald Arthur Biggs, a que o Tribunal Federal de Recursos (hoje *Superior Tribunal de Justiça*) deu solução a todos os títulos notável.

---

38. *Regina v. Governor of Brixton Prison*, *ex parte Soblen*; 1962, 3 W.L.R. 1154, p. 1188.

Fugitivo de uma penitenciária inglesa onde cumpria pena por participação num assalto notório, Biggs viveu por pouco tempo na Austrália e ingressou em seguida no território brasileiro sob o falso nome de Michael Haynes. Não se pôde jamais formalizar o aventado pedido de extradição, em face da inexistência de tratado bilateral específico, combinada com a inabilitação constitucional do governo britânico para oferecer reciprocidade em semelhantes hipóteses[39]. Preso por determinação do ministro da Justiça, em 1974, Biggs requereu ao Tribunal Federal de Recursos uma ordem de *habeas corpus* em que, dando como incontroversa a impossibilidade da expulsão, em face da iminência de tornar-se pai de uma criança brasileira, limitava-se a apontar ilegalidade também na deportação que se lhe preparava em razão do ingresso ilegal no território. A deportação, sustentavam seus defensores, só o poderia conduzir ao seu Estado patrial, o único obrigado pelo direito das gentes a recebê-lo. Assim, teria ela a natureza de uma autêntica extradição, incidindo de modo exato em quanto proíbe o estatuto do estrangeiro. O Tribunal, reconhecendo embora que se tratava de um caso de "extradição inadmitida pela lei brasileira", não negou a legitimidade da custódia determinada pelo ministro da Justiça com vistas à deportação, e por isso indeferiu a ordem de *habeas corpus*. Mas, no mesmo passo, estatuiu que o paciente não poderia ser deportado para a Grã-Bretanha, nem para qualquer outro país do qual aquele pudesse obter sua extradição. Era natural, nessas circunstâncias, que a deportação acabasse por mostrar-se inexequível, e que o paciente viesse pouco depois a ser colocado em liberdade[40].

O acórdão do Tribunal Federal de Recursos no *habeas corpus* de Ronald Arthur Biggs desdobra seu alcance doutrinário em três planos diversos. Ficou claro, de início, que o conceito de "extradição inadmitida pela lei brasileira" é consideravelmente amplo. Nele cabem não só as hipóteses de extradição barrada por óbice substantivo, como a prescrição ou a natureza política

39. O fundamento político da tradição britânica nessa matéria não resiste à mais sumária crítica. Apregoa-se que, limitando suas relações extradicionais aos países com os quais celebre tratados específicos, pode o Estado *selecionar* com prudência tais países, evitando envolver-se com aqueles que não adotem princípios penais semelhantes aos seus. A tese ignora, candidamente, o fenômeno da mudança política repercutindo sobre tais princípios, ou sobre o modo de utilizá-los na prática judiciária. E parece ignorar, mais, que o sistema da reciprocidade é o que maiores garantias oferece, visto que nele o único ponto de referência para o julgamento da legalidade e procedência da extradição é a lei doméstica do Estado requerido.

40. *Habeas corpus* 3.345, em favor de Ronald Arthur Biggs, TFR, 20 de julho de 1974.

do crime, mas também aquelas em que a impossibilidade da medida resulta de fator adjetivo, como ocorreria no caso de indeferimento por falha documental não sanada em tempo hábil, ou ainda — extrema extensão — no caso em que tudo quanto frustra desde logo a extradição é a prosaica circunstância de não poder o Estado interessado formalizar o próprio pedido, em face dos limites que lhe impõe sua lei interna. O segundo aspecto modelar do acórdão confunde-se, em parte, com o primeiro: não é, em absoluto, necessário que o Supremo tenha já indeferido a extradição para que ela seja classificável como inadmitida pela lei brasileira. A propósito, a linguagem do legislador é unívoca quando omite toda referência a uma prévia decisão da única instância judiciária competente para a matéria extradicional. O juízo do *habeas corpus*, remetido que se encontra, em circunstância inusual, à lei de extradição, tem plena autoridade para interpretá-la quando sobre o caso não tenha decidido o Supremo.

Num terceiro e último plano doutrinário, entendeu o Tribunal Federal de Recursos que o intento do legislador só se pode valorizar eficazmente quando se leve às últimas consequências o vigor da norma proibitiva. Há que impedir, assim, não apenas a deportação ou expulsão que conduza o paciente diretamente ao Estado interessado na extradição inadmitida, mas também aquela qualquer dentre as duas figuras que lhe dê, ou que seja suscetível de lhe dar tal destino por via oblíqua.

O Supremo Tribunal Federal, anos mais tarde, negou seguimento a pedido de extradição[41] contra Ronald Biggs formulado pelo governo britânico, com base no tratado bilateral que vincula, desde 1997, as duas soberanias. Ponderou-se, no julgamento, que estava extinta a punibilidade do extraditando pela prescrição da pretensão executória, à vista da lei brasileira.

41. Extr. 721, STF, 12 de novembro de 1997.

## Subseção 5 — ASILO POLÍTICO

**129. Conceito e espécies.** Asilo político é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures — geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial — por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum. Sabemos que no domínio da criminalidade comum — isto é, no quadro dos atos humanos que parecem reprováveis em toda parte, independentemente da diversidade de regimes políticos — os Estados se ajudam mutuamente, e a extradição é um dos instrumentos desse esforço cooperativo. Tal regra não vale no caso da *criminalidade política*, onde o objeto da afronta não é um bem jurídico universalmente reconhecido, mas uma forma de autoridade assentada sobre ideologia ou metodologia capaz de suscitar confronto além dos limites da oposição regular num Estado democrático.

O asilo político, na sua forma perfeita e acabada, é *territorial*: concede-o o Estado àquele estrangeiro que, havendo cruzado a fronteira, colocou-se no âmbito espacial de sua soberania, e aí requereu o benefício. Em toda parte se reconhece a legitimidade do asilo político territorial, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem — ONU, 1948 — faz-lhe referência.

Conceder asilo político não é obrigatório para Estado algum, e as contingências da própria política — exterior e doméstica — determinam, caso a caso, as decisões de governo. A Áustria recusou o asilo que lhe pedira Markus Wolf, chefe dos serviços de espionagem da extinta Alemanha oriental (RDA), preferindo prendê-lo e entregá-lo às autoridades da Alemanha unificada, em 24 de setembro de 1991.

É claro que, por força das circunstâncias, o candidato ao asilo territorial não estará sempre provido de documentação própria para um ingresso regular. Sem visto, ou mesmo sem passaporte, ele aparece, formalmente, como um *deportando em potencial* quando faz à autoridade o pedido de asilo. O Estado territorial, decidindo conceder-lhe esse estatuto, cuidará de documentá-lo. A legislação brasileira prevê até mesmo a expedição de um passaporte especial para estrangeiros, e o *asilado político* — assim como o apátrida — é um dos possíveis beneficiários desse documento, que permite a circulação fora de nossas fronteiras.

O chamado *asilo diplomático* é uma forma provisória do asilo político, só praticada regularmente na América Latina, onde surgiu como instituição costumeira no século XIX, e onde se viu tratar em alguns textos convencionais a partir de 1928.

**130. Natureza do asilo diplomático.** O que deve destacar-se, antes de mais nada, no estudo do asilo diplomático, é o fato de que ele constitui uma exceção à plenitude da competência que o Estado exerce sobre seu território. Essa *renúncia*, ditada na América Latina por razões humanitárias e de conveniência política, e relacionada, em suas origens, tanto com a extensão territorial dos países da área quanto com a relativa frequência, no passado, de quebras da ordem constitucional, não resultaria jamais da simples aplicação do direito diplomático. Com efeito, nos países que não reconhecem essa modalidade de asilo político — e que constituem larga maioria —, toda pessoa procurada pela autoridade local que entre no recinto de missão diplomática estrangeira deve ser de imediato restituída, pouco importando saber se se cuida de delinquente político ou comum[42]. As regras do direito diplomático fariam apenas com que a polícia

42. A história registra casos excepcionais de asilo diplomático fora da América Latina, onde a tolerância do Estado territorial deveu-se à singularidade da conjuntura. Exemplos mais ou menos notórios: 1) O acolhimento do cardeal primaz da Hungria, Josef Mindszenty, pela embaixada dos Estados Unidos em Budapest, em novembro de 1956 (o cardeal acabaria por permanecer quinze anos no interior da embaixada). 2) O acolhimento do líder político Imre Nagy pela embaixada da Iugoslávia, na mesma ocasião. 3) O acolhimento do general Humberto Delgado — líder da resistência ao regime salazarista — pela embaixada do Brasil em Lisboa, em fevereiro de 1959. 4) O acolhimento do general Michel Aoun pela embaixada da França em Beirute, em outubro de 1990. 5) O acolhimento de Erich Honecker, que fora o homem forte da Alemanha oriental (RDA), pela embaixada do Chile em Moscou, em janeiro de 1992 (caso cujo desfecho foi a entrega de Honecker pelos russos ao governo da Alemanha unificada, em 29 de julho do mesmo ano, para julgamento). Há também registros avulsos do acolhimento de grupos mais ou menos numerosos de pessoas em dificuldade ou desgraça política, por embaixadas estrangeiras, e por pouco tempo: na Espanha em guerra civil, entre 1936 e 1937; na Albânia de 1990, quando da agonia do regime comunista; na África do Sul de 1991 e 1992, ante os conflitos de rua contemporâneos da reforma do quadro político e social.

não entrasse naquele recinto inviolável sem autorização, mas de nenhum modo abonariam qualquer forma de asilo. Só nos países latino-americanos, em virtude da aceitação costumeira e convencional desse instituto, pode ele ocorrer. Naturalmente, o asilo nunca é diplomático *em definitivo*: essa modalidade significa apenas um estágio provisório, uma ponte para o asilo territorial, a consumar-se no solo daquele mesmo país cuja embaixada acolheu o fugitivo, ou eventualmente no solo de um terceiro país que o aceite.

**131. Disciplina do asilo diplomático.** Codificando costumes, de modo lento e nem sempre completo, celebraram-se acerca do asilo diplomático a Convenção da Havana de 1928, a de Montevidéu de 1933 e a de Caracas de 1954 — esta mais apurada que as precedentes. Os pressupostos do asilo diplomático são, em última análise, os mesmos do asilo territorial: a *natureza política dos delitos* atribuídos ao fugitivo, e a atualidade da persecução — chamada, nos textos convencionais, de *estado de urgência*. Os locais onde esse asilo pode dar-se são as *missões diplomáticas* — não as repartições consulares — e, por extensão, os imóveis residenciais cobertos pela inviolabilidade nos termos da Convenção de Viena de 1961; e ainda, segundo o costume, os navios de guerra porventura acostados ao litoral. A autoridade asilante — via de regra o embaixador — examinará a ocorrência dos dois pressupostos referidos e, se os entender presentes, reclamará da autoridade local a expedição de um *salvo-conduto*, com que o asilado possa deixar em condições de segurança o Estado territorial para encontrar abrigo definitivo no Estado que se dispõe a recebê-lo.

Países como o Peru e a República Dominicana não aceitam este tópico da disciplina. Entendem que o Estado territorial pode discutir tanto a natureza — política ou comum — dos delitos atribuídos ao extraditando quanto a realidade do estado de urgência. E acham que, havendo desacordo, devem os dois Estados en-

volvidos partir para uma via usual de solução, diplomática, política ou jurisdicional. Exatamente em razão dessa dissidência quanto ao ponto específico deu-se entre o Peru e a Colômbia, em 1948, a controvérsia que seria mais tarde examinada pela Corte Internacional de Justiça no processo *Haya de la Torre*.

A autoridade asilante dispõe, em regra, do poder de qualificação unilateral dos pressupostos do asilo, mas na exata medida em que exteriorize o ponto de vista do Estado por ela representado.

Em março de 1952 a embaixada do Chile em Bogotá acolheu o cidadão Saul Fajardo, acusado de crimes de direito comum pelas autoridades colombianas. Antes que a discussão entre o embaixador — que exigia o salvo-conduto — e as autoridades locais terminasse, o governo do Chile reconheceu tratar-se de criminoso comum e determinou à embaixada que o entregasse à Justiça territorial. O embaixador o fez e renunciou, em seguida, a seu cargo.

O asilo, nos termos da Convenção de Caracas, é uma instituição humanitária e *não exige reciprocidade*. Importa, pois, para que ele seja possível, que o Estado territorial o aceite como princípio, ainda que o Estado asilante não tenha igual postura. Por isso as repúblicas latino-americanas têm admitido o asilo diplomático dado por embaixadas de países em cujo território tal prática não seria admitida.

No Brasil em 1964, na Argentina em 1966, no Peru em 1968, no Chile em 1973, o asilo diplomático foi concedido sobretudo por representações diplomáticas latino-americanas, mas também o foi pelas embaixadas da Iugoslávia, da Tchecoslováquia e da Suécia, entre outras.

## Seção V — PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

**132. Normas substantivas.** Até a fundação das Nações Unidas,

em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos. De longa data alguns tratados avulsos cuidaram, incidentalmente, de proteger certas *minorias* dentro do contexto da sucessão de Estados. Usava-se, por igual, do termo *intervenção humanitária* para conceituar, sobretudo ao longo do século XIX, as incursões militares que determinadas potências entendiam de empreender em território alheio, à vista de tumultos internos, e a pretexto de proteger a vida e o patrimônio de seus nacionais que ali se encontrassem.

A Carta de São Francisco, no dizer de Pierre Dupuy, fez dos direitos humanos um dos axiomas da nova organização, conferindo-lhes idealmente uma estatura constitucional no ordenamento do direito das gentes[43]. Três anos mais tarde, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral aclama a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*[44], texto que exprime de modo amplo — e um tanto precoce — as normas substantivas pertinentes ao tema, e no qual as convenções supervenientes encontrariam seu princípio e sua inspiração.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um *tratado*, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma *resolução* da Assembleia. Por mais de uma vez, ante gestões externas fundadas no zelo pelos direitos humanos, certos países reagiram lembrando a natureza não convencional da Declaração.

**133. Declaração de 1948: direitos civis e políticos.** A Declaração encerra apenas normas substantivas: ela não institui qual-

---

43. Pierre-Marie Dupuy, *La protection internationale des droits de l'homme*, capítulo suplementar em *Rousseau*, p. 404.

44. Houve quarenta e cinco votos favoráveis, nenhum voto contrário, e oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética).

quer órgão internacional de índole judiciária ou semelhante para garantir a eficácia de seus princípios, nem abre ao ser humano, enquanto objeto de proteção, vias concretas de ação contra o procedimento estatal acaso ofensivo a seus direitos. Numa primeira parte (arts. 4º a 21) o texto se refere aos *direitos civis e políticos* — que, muito tempo mais tarde, seriam chamados de “direitos humanos da primeira geração”. Ali se diz que todo homem tem direito à *vida*, à *liberdade* e à *segurança*; a não ser jamais submetido à escravidão, à servidão, à tortura e a penas cruéis ou degradantes; ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a um processo judicial idôneo; a não ser arbitrariamente detido, preso ou desterrado, e a gozar de presunção de inocência até que se prove culpado; a não sofrer intromissões arbitrárias na sua vida particular, na família, no domicílio e na correspondência; à livre circulação e à escolha de seu domicílio; ao asilo quando perseguido por delito político; a uma nacionalidade; ao casamento e à constituição de família; à propriedade singular e em condomínio; à liberdade de pensamento, convicção política, religião, opinião e expressão, reunião e associação pacíficas; a participar do governo de seu Estado patrial e a ter acesso, em condições igualitárias, à função pública.

**134. Declaração de 1948: direitos econômicos, sociais e culturais.** Numa parte seguinte (arts. 22 a 27), sucedida tão só por disposições de fechamento do texto, a Declaração versa os direitos que a pessoa humana deve ter “como membro da sociedade”. São eles o direito ao trabalho e à previdência social, à igualdade salarial por igual trabalho, ao descanso e ao lazer, à saúde, à educação, aos benefícios da ciência, ao gozo das artes, à participação na vida cultural da comunidade.

**135. Direitos humanos de terceira geração.** Vieram a qualificar-se como de “segunda geração” os direitos econômicos,

sociais e culturais de que cuida a parte final da Declaração de 1948. A ideia contemporânea dos direitos humanos de "terceira geração" lembra o enfoque dado à matéria pelos teóricos marxistas, pouco entusiasmados com o zelo — alegadamente excessivo — por direitos individuais, e propensos a concentrar sua preocupação nos direitos da coletividade a que pertença o indivíduo, notadamente no plano do desenvolvimento socioeconômico. Vanguardas do pensamento ocidental alargaram o horizonte desses direitos humanos societários, trazendo à mesa teses novas, como a do direito à *paz*, ao *meio ambiente*, à copropriedade do patrimônio comum do gênero humano. O problema inerente a esses direitos de terceira geração é, como pondera Pierre Dupuy, o de identificar seus *credores e devedores*[45]. Com efeito, quase todos os direitos individuais de ordem civil, política, econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis, por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos em seu Estado patrial, ou em seu Estado de residência ou trânsito. As coisas se tornam menos simples quando se cuida de saber de quem exigiremos que garanta, em plano global, nosso direito a um meio ambiente saudável, à paz ou ao desenvolvimento.

**136. Tratados sobre os direitos humanos.** Ainda no domínio das normas substantivas, e sempre à luz do conteúdo da Declaração de 1948, prepararam-se em 1966 os Pactos das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos, econômicos e sociais — amplo desdobramento, já agora com força jurídica convencional, do que se proclamara dezoito anos antes. Conjugando normas *substantivas e instrumentais*, a Europa comunitária já adotara, em 1950, sua Convenção sobre os direitos do homem. Far-se-ia o mesmo no quadro pan-americano em 1969.

---

45. Pierre-Marie Dupuy, *La protection internationale*, cit., p. 414.

A Convenção americana sobre direitos humanos foi concluída em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. À conclusão, doze Estados firmaram o texto. Sua entrada em vigor sobreveio em 18 de julho de 1978, e o número de partes mediante ratificação ou adesão é de vinte e cinco repúblicas americanas no início de 2005. Diversas ratificações comportaram reservas. Nos termos de seu art. 74, § 1º, o Pacto de São José da Costa Rica se encontra aberto, sem limite no tempo, à adesão de todos os membros da Organização dos Estados Americanos.

Ali se discriminam — nos âmbitos civil, político, econômico, social e cultural — direitos individuais situados entre aquela faixa elementar que concerne à vida, à integridade e à liberdade físicas, e aquela outra, de maior apuro, relativa à nacionalidade, à propriedade privada, ao acesso às fontes da ciência e da cultura. Entre um e outro desses planos, trata o Pacto de dispor sobre o princípio da anterioridade da lei penal, e as condições de sua retroatividade; sobre as liberdades de consciência, de expressão e de culto confessional; sobre a proteção da honra e o direito de resposta; sobre os direitos políticos, o de reunião e o de associação; sobre o princípio da igualdade perante a lei; e sobre a proteção devida pelo Estado a seus nacionais e aos estrangeiros encontráveis no âmbito de sua soberania.

**137. Mecanismos de implementação.** Em certos contextos regionais, o europeu ocidental e o pan-americano, montaram-se sistemas de garantia da eficácia das normas substantivas adotadas, no próprio plano regional, sobre os direitos da pessoa humana. A *Corte Europeia dos Direitos do Homem*, sediada em Estrasburgo, cuida de aplicar a Convenção de 1950. A *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, sediada em São José da Costa Rica, garante vigência à Convenção de 1969.

A Convenção de São José designa como órgãos competentes para "...conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos...", ali mesmo assumidos pelos Estados pactuantes, a *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*. A primeira já se vira anunciar pelo art. 111 da Carta da OEA. Tanto a Comissão quanto a Corte se compõem de sete personalidades, eleitos os membros da primeira pela Assembleia Geral da OEA, para quatro anos de exercício, e os juízes da segunda pelos Estados partes no Pacto, para seis anos. Num e noutro caso, os votos se exprimem *intuitu personarum*, sendo certo que a relação de elegíveis se funda em listas de origem governamental.

Em linhas gerais, e desprezados os tópicos secundários de sua pauta de competências, a Comissão atua como instância preliminar à jurisdição da Corte. É amplo seu poder para *requisitar informações* e *formular recomendações* aos governos dos Estados pactuantes. O verdadeiro ofício *pré-jurisdicional* da Comissão se pode instaurar, contra um Estado-parte, por denúncia ou queixa — atinente à violação de regra expressa na área substantiva do Pacto — formulada (a) por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, (b) por entidade não governamental em funcionamento regular, e (c) por outro Estado-parte; neste caso, porém, sob a condição de que o Estado denunciado haja reconhecido a competência da Comissão para equacionar essa forma original de confronto, com ou sem exigência de reciprocidade.

Em toda circunstância, o Pacto enuncia requisitos de admissibilidade da queixa, dentre os quais se destaca o esgotamento dos recursos proporcionados pela jurisdição interna. O processo ante a Comissão implica pedido de informações ao Estado sob acusação, com prazo certo, além de investigações várias, conduzindo afinal à lavratura de um relatório. Inoperantes que sejam as proposições ou recomendações, e esgotados os prazos razoáveis, pode a Comissão chegar àquele que parece ser o ponto culminante de sua competência pré-jurisdicional, ou seja, à publicação de suas conclusões sobre o caso concreto. Alternativamente, a Comissão tem qualidade para submeter a matéria à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte não é acessível a pessoas ou a instituições privadas. Exauridas, sem sucesso, as potencialidades da Comissão, pode *esta* transferir o caso ao conhecimento do colégio judiciário. Debaixo de igual reserva, pode também fazê-lo *outro Estado* pactuante, mas desde que o país sob acusação tenha, a qualquer momento, reconhecido a competência da Corte para atuar em tal contexto — o do confronto interestatal à conta dos direitos humanos —, impondo ou não a condição de reciprocidade.

Órgão judiciário que é, a Corte não relata, nem propõe, nem recomenda, mas *profere sentenças*, que o Pacto aponta como definitivas e inapeláveis. Declarando, na fundamentação do aresto, a ocorrência de violação de direito protegido pelo tratado, a Corte determina seja tal direito de pronto restaurado, e ordena, se for o caso, o pagamento de indenização justa à parte lesada. Nos relatórios anuais à Assembleia Geral da OEA, a Corte "...indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças".

Os Estados Unidos da América não ratificaram a Convenção americana sobre direitos humanos, e tem-se como provável que se conservarão à margem do sistema. Argentina e México fizeram-no em anos recentes. O Brasil aderiu à Convenção em se-

tembro de 1992 e, dez anos mais tarde, reconheceu a competência obrigatória da Corte[46].

O tratado criativo de uma Corte Africana de Direitos Humanos entrou em vigor em janeiro de 2004, ratificado então por quinze nações, entre elas a Argélia, a África do Sul e o Senegal. Esse tribunal só começará a funcionar depois de escolhida uma sede e eleitos seus primeiros juízes.

## Seção VI — SOBERANIA

**138. Noção de soberania.** O fato de encontrar-se sobre certo *território* bem delimitado uma *população* estável e sujeita à autoridade de um *governo* não basta para identificar o Estado enquanto pessoa jurídica de direito das gentes: afinal, esses três elementos se encontram reunidos em circunscrições administrativas várias, em províncias federadas como a Califórnia e o Paraná, até mesmo em municípios como Diamantina e Buenos Aires. Identificamos o Estado quando seu governo — ao contrário do que sucede com o de tais circunscrições — não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de *competências* que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são *ilimitadas*; mas nenhuma outra entidade as possui *superiores*[47].

---

46. *V.* o Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, que promulga a declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, conforme o art. 62 da Convenção de 1969.

47. Cf. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Mathias Forteau e Alain Pellet, *Droit international public*, 8. ed., Paris, LGDJ, 2010, p. 467.

A soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizante do Papa e do Sacro Império romano-germânico. Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. A Carta da ONU diz, em seu art. 2, § 1, que a organização "é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros". A Carta da OEA estatui, no art. 3, f, que "a ordem internacional é constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania e independência dos Estados". De seu lado, toda a jurisprudência internacional, aí compreendida a da Corte da Haia, é carregada de afirmações relativas à soberania dos Estados e à igualdade soberana que rege sua convivência.

**LEITURA**

Declaração (voto vencido em parte) do autor como Juiz da Corte Internacional de Justiça no caso da *Fronteira terrestre e marítima entre Camerum e Nigéria* (1998):

"Poucas proposições no direito internacional clássico são tão inconsistentes e tão inadmissíveis no plano moral quanto aquela que pretende que os acordos concluídos no passado entre potências coloniais e comunidades indígenas — senhoras de seu território durante séculos, organizadas e submetidas a uma autoridade reconhecida — *não são tratados*, porque 'os chefes e tribos indígenas não são nem Estados nem Organizações Internacionais e não têm, portanto, capacidade para concluir tratados' (*The Law of Treaties*, 1961, p. 53). Ao exprimir nesses termos a doutrina predominante na Europa de seu tempo, Arnold Mc Nair observou contudo que a compreensão do problema havia sido outra nos Estados Unidos, onde se reconheceu às comunidades indígenas a qualidade de nações estrangeiras até a promulgação do *Indian Appropriations Act* de 3 de março de 1870. Essa lei colocou as referidas comunidades sob a tutela da União, integrando-as a ela. Mas acordos concluídos entre os povos indígenas (Sioux, Arapahos, Cheyennes, Delawares) e o Governo federal foram reconhecidos como tratados, a serem honrados como tais. Além disso, sempre que foi preciso interpretá-los, a Corte Suprema aplicou a regra *contra proferentem*.

No caso do *Saara ocidental*, a Corte parece ter rejeitado a ideia de que uma potência europeia pudesse apropriar-se unilateralmente de território habitado por comunidades indígenas. A Corte entendeu, com efeito, que mesmo as tribos nômades presentes no território e dotadas de organização social e política possuíam personalidade suficiente, aos olhos do direito internacional, para que seu território não fosse considerado *terra nullius*. De acordo com essa jurisprudência, não se poderia adquirir pela *ocupação* o título de soberania sobre um território assim habitado, mas unicamente 'por meio de acordos concluídos com os chefes locais' (*Recueil CIJ*-1975, par. 80).

No presente caso, a península de Bakassi era parte do domínio do Velho Calabar, submetido à autoridade originária de seus reis e chefes. O próprio Camerum, pressionado pelas circunstâncias a abonar algumas das teses do discurso colonialista, tentou pôr em dúvida a existência e a independência daquela autoridade — recorrendo no entanto a argumentos que, ao contrário, acabam por confirmá-las. Ademais, somente o tratado de 1884, concluído com essa forma de autoridade local, poderia justificar as funções assumidas pela Grã-Bretanha no momento em que ela se tornava o Estado protetor de tais territórios. Afinal, se os reis e chefes do Velho Calabar não tinham qualidade para concluir semelhante compromisso internacional, se o tratado de 1884 *não era um tratado* e não tinha nenhum valor jurídico, convém então perguntar em que base a Grã-Bretanha pôde assentar sua autoridade sobre tais territórios, ou que misterioso direito divino a terá investido em Estado protetor desses espaços africanos.

Por força do tratado de 1884 a Grã-Bretanha assumiu o controle das relações exteriores da nação africana, sem contudo dar-se o poder de negociar em seu nome, e menos ainda o de transigir ou renunciar ao que quer que fosse durante negociações internacionais, e em nenhuma hipótese o de dispor de qualquer parcela de seu território. A falta de legitimidade que caracteriza o ato de cessão torna inválido o tratado anglo-alemão de 11 de março de 1913, na medida em que, ao definir o último setor da fronteira terrestre, decide sobre o destino de Bakassi.

O vício do dispositivo concernente à península de Bakassi não afeta a validade do restante do tratado. Esta é a situação prevista pelo artigo 44, parágrafo 3º, alínea *a* da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. A propósito, esta última norma poderia ser descartada, em princípio, pela aplicação da alínea seguinte, se fosse possível demonstrar que a cessão de Bakassi havia sido *condição essencial* ao consentimento da Alemanha sobre o restante do tratado. Ao que recordo, no entanto, nada se alegou nesse sentido.

Além disso, não consigo ver na Declaração de Maroua, de 1º de junho de 1975, um tratado, e daí tirar consequências. Tenho até mesmo dificuldade em ver aí um tratado que, negociado, deixou de entrar em vigor pela falta de ratificação das duas partes. Vejo, na verdade, uma declaração de dois chefes de Estado, subsequente a outras declarações semelhantes que resultaram em letra morta, o que demonstra que não eram definitivas enquanto fontes de direito. É verdade que a adoção formal do documento por órgãos investidos, de um e de outro lado da negociação, do *treaty-making power*, teria dado origem a um tratado. Tanto vale dizer que um texto, não importa o nome ou a forma, e qualquer que seja o procedimento de sua negociação, pode sempre tornar-se um tratado se os órgãos competentes das partes exprimem seu consentimento definitivo. Aqui se sustentou, sem contestação, que a declaração de Maroua não tinha sido ratificada pela Nigéria, por falta de aprovação pelo órgão competente, à luz da Constituição em vigor à época.

A Convenção de Viena define com notável simplicidade as circunstâncias excepcionais em que um Estado pode negar o valor jurídico de um tratado por vício de consentimento dessa espécie. É preciso que a norma interna desobedecida seja uma norma *fundamental*, e que sua violação seja *manifesta*, isto é, uma violação insuscetível de passar despercebida à outra parte em circunstâncias normais. Penso, no entanto, que o Camerum não tinha razão para crer que aquela declaração era de fato um tratado concluído e vigente no dia mesmo de sua assinatura. Não tenho notícia de qualquer ordem jurídica que autorize o governo a concluir só, de maneira definitiva, e a pôr em vigor, sobre a base única de sua autoridade, um tratado referente à fronteira terrestre ou marítima, e portanto ao *território* do Estado. Não há lugar onde semelhante desrespeito a formalidades as mais elementares seria compatível com o caráter complexo e eminente de um tratado internacional de limites territoriais.

Em debate desta natureza, é natural a evocação do caso do *Estatuto jurídico da Groenlândia oriental* (CPJI, série A/B, n. 53, p. 22). Esquece-se, às vezes, que a Corte jamais disse que entre as formas possíveis do tratado figurasse a oralidade. A Corte não disse que a declaração Ihlen *era um tratado*; disse apenas que as garantias dadas oralmente pelo ministro norueguês ao embaixador dinamarquês comprometiam a Noruega. Há, sim, modos menos solenes com que um Estado pode criar para ele mesmo obrigações internacionais. Mas não é esta a questão. O que cumpre indagar é se um compromisso internacional relativo à determinação da fronteira pode tomar forma diversa do *tratado no sentido estrito*, ainda que os respectivos espaços terrestres ou marítimos sejam de extensão limitada, ou que a fronteira não seja marcada por uma longa história de contestações e incertezas.

Não posso, portanto, juntar-me à maioria no que diz respeito à soberania sobre a península de Bakassi e as águas adjacentes. A meu ver, esses espaços pertencem por melhor direito à Nigéria.

**139. Roteiro da matéria.** As três subseções seguintes versarão (a) o reconhecimento de Estado e de governo, significando a colocação de cada soberania e de seus condutores políticos frente ao restante da comunidade internacional; (b) a distinção entre soberania e formas diversas de autonomia, como as ocorrentes no caso das províncias federadas e de outras dependências destituídas, em caráter permanente ou transitório, de personalidade internacional; e (c) o problema da soberania conjugada com fatores de hipossuficiência, característica dos microestados e das nações em luta pela autodeterminação.

## Subseção 1 — RECONHECIMENTO DE ESTADO E DE GOVERNO

**140. Natureza declaratória do reconhecimento de Estado.** O reconhecimento de que aqui cuidamos é o ato unilateral — nem sempre explícito — com que um Estado, no uso de sua prerrogativa soberana, faz ver que entende presentes numa entidade homóloga a soberania, a personalidade jurídica de direito internacional idêntica à sua própria, a condição de Estado. Já se terá visto insinuar, em doutrina, que os elementos constitutivos do Estado não seriam apenas o território, a população e o governo: a soberania seria um quarto elemento, e teríamos ainda um quinto e último, o reconhecimento por parte dos demais Estados, ainda que não necessariamente de todos os outros. Essa teoria extensiva encerra duplo erro. A soberania não é elemento distinto: ela é atributo da ordem jurídica, do sistema de autoridade, ou mais simplesmente do terceiro elemento, o governo, visto este como síntese do segundo — a dimensão pessoal do Estado —, e projetando-se sobre seu suporte físico, o território. O reconhecimento dos demais Estados, por seu turno, não é *constitutivo*, mas meramente *declaratório* da qualidade estatal. Ele é importante, sem dúvida, na medida em que indispensável a que o Estado se relacione com seus pares, e *integre*, em sentido próprio, a comunidade internacional. Mas seria uma proposição teórica viciosa — e possivelmente contaminada pela ideologia colonialista — a de que o Estado depende do reconhecimento de outros Estados para existir. A boa tese, a tal propósito, teve o privilégio de estampar-se em norma de direito internacional positivo, o art. 12 da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Seu texto dispõe: “A existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos outros Estados. Mesmo antes de ser reconhecido, o Estado tem o direito de defender a sua integridade e independência, de promover a sua conservação e prosperidade, e, por conseguinte, de se organizar como melhor en-

tender, de legislar sobre os seus interesses, de administrar os seus serviços e de determinar a jurisdição e a competência dos seus tribunais. O exercício desses direitos não tem outros limites senão o exercício dos direitos de outros Estados, conforme o direito internacional". O art. 13 da Carta da OEA diz em seguida: "O reconhecimento significa que o Estado que o outorga aceita a personalidade do novo Estado com todos os direitos e deveres que, para um e outro, determina o direito internacional".

**141. Formas do reconhecimento de Estado.** Não se conhece, a tal propósito, forma imperativa: de várias maneiras pode manifestar-se o reconhecimento *expresso*, bem assim o reconhecimento *tácito*. Essa variedade possível na forma do reconhecimento de Estado conduz, eventualmente, a que se conjuguem atos que por sua natureza são unilaterais, qual na hipótese de reconhecimento *mútuo* — mediante tratado ou comunicado comum —, ou naquela, mais rara, em que certo tratado bilateral exprime, por parte dos dois Estados pactuantes, o reconhecimento de um terceiro.

Uma convenção de paz entre o Império do Brasil e a Argentina (as então "Províncias Unidas do Rio da Prata"), celebrada em 27 de agosto de 1828, exprimiu o reconhecimento, por parte de ambos, da independência da província Cisplatina, que viria a ser a república do Uruguai. Algum tempo antes, no tratado de 29 de agosto de 1825, ficara registrado o reconhecimento do Brasil como Estado independente pela antiga metrópole. Se o art. 1º desse pacto não dispusesse expressamente sobre tal reconhecimento, entender-se-ia de todo modo que ele ocorrera, tácito, pelo só fato de Portugal haver-se disposto a negociar o tratado com o Brasil. O reconhecimento da República Popular da China pela França ocorreu em 27 de janeiro de 1964, quando um comunicado comum, divulgado simultaneamente em Paris e Beijing, deu notícia do estabelecimento de relações diplomáticas entre as duas soberanias — sem, contudo, fazer qualquer referência expressa ao reconhecimento. Muitos outros países ocidentais empregaram esse mesmo método quando decidiram reconhecer a China popular. Em 18 de julho de 1974 o Brasil reconheceu expressamente a república da Guiné-Bissau, havendo sido o primeiro país do ocidente a fazê-lo. Em 1979 a celebração dos acordos de Camp David significou o reconhecimento tácito de Israel pelo Egito, embora os dois Estados não tenham desde logo estabelecido relações diplomáticas.

Um tratado de amizade entre Rússia e Lituânia, outro sobre solução de litígios entre Armênia e Geórgia, ambos de julho de 1991, vieram a exprimir reconhecimento recíproco da qualidade de Estados independentes. Naquele ano o Brasil — como a maioria dos demais países — reconheceu primeiro a independência das três repúblicas bálticas (Estônia, Letônia, Lituânia), e mais tarde a das outras repúblicas resultantes do desmembramento da antiga União Soviética, mediante notas diplomáticas unilaterais, transmitidas aos interessados e divulgadas pela imprensa. O mesmo procedimento se adotou em janeiro de 1992 para reconhecer a Croácia e a Eslovênia — sem prejuízo da subsistência do reconhecimento e das boas relações do Brasil com a Iugoslávia —, e em janeiro de 1993 para reconhecer como independentes a Eslováquia e a República Tcheca.

Deve ficar claro que o reconhecimento mútuo da personalidade internacional só configura pressuposto necessário da celebração de tratados *bilaterais*. No plano da multilateralidade a situação sempre foi diversa. Ninguém discute a certeza deste princípio costumeiro: o fato de certo Estado negociar em conferência, assinar ou ratificar um tratado coletivo, ou de a ele aderir, não implica, por sua parte, o reconhecimento de *todos* os demais pactuantes. Resulta assim possível — e não raro — que no rol das partes comprometidas por uma mesma convenção multilateral figurem potências estigmatizadas pelo não reconhecimento de outras tantas.

Não reconhecido durante anos por diversas nações árabes, o Estado de Israel com elas coexistiu numa série de tratados coletivos, alguns deles constitutivos de organizações internacionais, como a ONU. A Mongólia aderiu à carta desta última em 1961, e por bom tempo os Estados Unidos continuaram a negar-lhe reconhecimento.

**142. Reconhecimento de governo: circunstâncias.** Se o reconhecimento de Estado pressupõe quase sempre o acesso à independência de um território até então colonial, ou alguma espécie de manifestação do fenômeno sucessório (qual a fusão ou o desmembramento), o reconhecimento de governo tem premissas diferentes. Presume-se, aqui, que o Estado em si mesmo já é

reconhecido em sua personalidade jurídica de direito das gentes e em seu suporte físico — demográfico e territorial. Contudo, uma ruptura na ordem política, do gênero da revolução ou do golpe de Estado, faz com que se instaure no país um novo esquema de poder, à margem das prescrições constitucionais pertinentes à renovação do quadro de condutores políticos. Assim vistas as coisas, não há por que cogitar do reconhecimento de governo quando, à força das eleições, o democrata James Carter sucede, em 1977, ao republicano Gerald Ford na presidência dos Estados Unidos, nem quando, em 1981, o Partido Socialista de François Mitterrand ascende finalmente ao poder na França, sucedendo à administração do presidente Giscard d'Estaing. Entretanto, não são somente as grandes rupturas políticas e sociais do porte da revolução russa de 1917 ou da confessionalização do Estado iraniano em 1979 que trazem à cena o problema do reconhecimento de governo, mas também a quebra da continuidade política do regime nos moldes em que se produziu no Brasil em 1930 e em 1964, na Argentina em 1966, no Peru em 1968, no Chile em 1973, no Haiti em 1991.

A propósito do reconhecimento de governo, o grande debate doutrinário, estreitamente vinculado à oscilação na prática dos Estados no século XX, pode resumir-se, em última análise, na simples alternativa entre a forma *expressa* e a forma *tácita* do reconhecimento, entendendo-se a última como mera manutenção do relacionamento diplomático com o Estado onde haja ocorrido a reviravolta política, sem comentários sobre a qualidade ou a legitimidade dos novos detentores do poder. A primeira, a seu turno, importaria expresso e deliberado juízo de valor sobre a legitimidade do novo regime, ou, quando menos, sobre a efetividade de seu mando. A referida alternativa marcou a aparente oposição entre duas doutrinas expostas na América Latina da primeira metade do século XX: a de Carlos Tobar e a de Genaro Estrada.

**143. Doutrina Tobar: a expectativa da legitimidade.** Em 1907 o ministro das Relações Exteriores da República do Equador, Carlos Tobar, formulava seu pensamento nestes termos:

> "O meio mais eficaz para acabar com essas mudanças violentas de governo, inspiradas pela ambição, que tantas vezes têm perturbado o progresso e o desenvolvimento das nações latino-americanas e causado guerras civis sangrentas, seria a recusa, por parte dos demais governos, de reconhecer esses regimes acidentais, resultantes de revoluções, até que fique demonstrado que eles contam com a aprovação popular".

Semelhante ponto de vista foi adotado pelo governo norte-americano ao tempo de Woodrow Wilson (1913-1921) e persistiu até que Franklin Roosevelt, já nos anos trinta, adotasse política mais flexível. A doutrina Tobar foi ainda, no contexto latino-americano, prestigiada por tratados — como o de 20 de dezembro de 1907, dispondo sobre paz e amizade na América Central[48] — e por declarações comuns — como a de 17 de agosto de 1959, feita pelos ministros de relações exteriores reunidos em Santiago. Na Venezuela dos anos sessenta, sob os governos de Rômulo Betancourt e Raúl de Leoni, praticou-se declaradamente a doutrina Tobar: assim foi que aquela república rompeu suas relações diplomáticas com o Brasil em 1964 — restabelecendo-as após dois anos e meio —, com a Argentina em 1966 e com o Peru (onde a tomada do poder foi obra de militares de esquerda) em 1968. Assumindo a presidência da Venezuela em 1969, Rafael Caldera repudiou desde logo aquilo que se chamara "a doutrina Betancourt, sucedâneo atual da doutrina Tobar", e restaurou os laços diplomáticos que então permaneciam rompidos.

---

48. Esse tratado, vinculando Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua, foi renovado pelas partes em 1923. Dispunha seu art. 1º: "Os governos das altas partes contratantes não reconhecerão nenhum governo que, em qualquer delas, resulte de golpe de estado ou revolução contra um governo reconhecido, até que os representantes do povo, livremente eleitos, não tenham reorganizado a vida constitucional do país".

**144. Doutrina Estrada: uma questão de forma.** A imprensa local e estrangeira na cidade do México recebeu, em 26 de setembro de 1930, uma comunicação do secretário de Estado das Relações Exteriores, Genaro Estrada, sobre o tema do reconhecimento de governo. Dizia o texto:

> "Em razão de mudanças de regime ocorridas em alguns países da América do Sul, o governo do México teve uma vez mais que decidir sobre a teoria chamada do 'reconhecimento' de governo. É fato sabido que o México sofreu como poucos países, há alguns anos, as consequências dessa doutrina que deixa ao arbítrio de governos estrangeiros opinar sobre a legitimidade ou ilegitimidade de outro regime, isto criando situações em que a capacidade legal ou a legitimidade nacional de governos e autoridades parecem submeter-se ao juízo exterior. A doutrina do chamado 'reconhecimento' foi aplicada, desde a grande guerra, especialmente às nações de nossa área, sem que em casos conhecidos de mudança de regime na Europa tenha ela sido usada expressamente, o que mostra que o sistema se transforma em prática dirigida às repúblicas latino-americanas.
>
> Após atento estudo da matéria, o governo do México expediu instruções a seus representantes nos países afetados pelas crises políticas recentes, fazendo-lhes saber que o México não se pronuncia no sentido de outorgar reconhecimento, pois estima que essa prática desonrosa, além de ferir a soberania das nações, deixa-as em situação na qual seus assuntos internos podem qualificar-se em qualquer sentido por outros governos, que assumem de fato uma atitude crítica quando de sua decisão favorável ou desfavorável sobre a capacidade legal do regime. Por conseguinte, o governo do México limita-se a conservar ou retirar, quando crê necessário, seus agentes diplomáticos, e a continuar acolhendo, também quando entende necessário, os agentes diplomáticos que essas nações mantêm junto a si, sem qualificar, nem precipitadamente nem *a posteriori*, o direito que teriam as nações estrangeiras de aceitar, manter ou substituir seus governos ou suas autoridades".

O princípio da não intervenção é a base dessa doutrina, que não proíbe, observe-se bem, a ruptura de relações diplomáticas com qualquer regime cujo perfil político ou cujo modo de instauração se considere inaceitável. Cuida-se apenas, segundo Estrada, de evitar a formulação abusiva de juízo crítico ostensivo sobre governo estrangeiro. Assim, a outorga de reconhecimento era para ele tão funesta quanto sua recusa: em ambos os

casos as potências estrangeiras teriam praticado ato interventivo no domínio dos assuntos internos do Estado em questão.

Exemplo antológico daquilo que a doutrina Estrada procurou condenar como desonroso foi a declaração do representante diplomático dos Estados Unidos em Quito, quando do reconhecimento, em 1928, do novo regime local: "Meu governo observou com a maior satisfação os progressos realizados pela república do Equador durante os três anos passados desde o golpe de 9 de julho de 1925, e a tranquilidade que reina no país desde então. A confiança que o regime do Dr. Ayora inspira na maioria dos equatorianos, sua habilidade e seu desejo de manter a ordem na administração do país, assim como o respeito por suas obrigações internacionais, fazem com que o governo dos Estados Unidos sinta-se feliz em conceder-lhe a partir de hoje seu completo reconhecimento como governo legal do Equador"[49].

**145. Harmonização das doutrinas. Prática contemporânea.** Terá transparecido, a esta altura, a inconsistência da ideia de ver como antinômicas as doutrinas Tobar e Estrada. A primeira diz respeito ao *fundo* das coisas, enquanto a segunda é uma proposição atinente tão só à *forma*. Prestigia simultaneamente as duas doutrinas o Estado que valoriza a legitimidade, não se relacionando com governos golpistas até quando a chamada do povo às urnas restaure o princípio democrático, mas tampouco pratica o reconhecimento formal, representado pela produção ostensiva de um juízo de valor. Por outro lado, estaria a desprezar a um só tempo ambas as doutrinas o Estado que se entregasse à política das velhas proclamações de outorga ou recusa de reconhecimento — como aquela que serviu de exemplo no tópico anterior —, mas não reclamasse, como pressuposto do reconhecimento, a legitimidade resultante do apoio popular, que em regra só se traduz de modo incontestável no processo eleitoral.

Hoje pode afirmar-se, no que concerne ao fundo, que a doutrina Tobar sofreu desgaste acentuado. Em lugar da legitimidade — ou da ortodoxa legitimidade, que nunca prescinde do

---

49. Cf. Marcel Sibert, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, t. 1, p. 199.

voto universal e livre, em circunstâncias que proporcionem ao povo escolha verdadeira entre modelos e tendências políticas — tem-se nas últimas décadas perquirido apenas a *efetividade* do regime instaurado à revelia dos moldes constitucionais. Tem ele controle sobre o território? Mantém a ordem nas ruas? Honra os tratados e demais normas de direito internacional? Recolhe regularmente os tributos e consegue razoável índice de obediência civil? Neste caso o novo governo é efetivo e deve ser reconhecido, num mundo onde a busca da legitimidade ortodoxa talvez importasse bom número de decepções.

No que diz respeito à forma, não há a menor dúvida de que a doutrina Estrada resultou triunfante — apesar da reticência de tantos países em dar-lhe esse nome. A prática do pronunciamento formal, outorgando ou recusando o reconhecimento de governo, marcha aceleradamente para o desuso. O que se tem presenciado é a ruptura de relações diplomáticas com regime que se entenda impalatável — entretanto não guarnecida por uma declaração de não reconhecimento; ou a simples e silenciosa preservação de tais relações, quando se entenda que isto é a melhor escolha, ou o menor dos males.

Não surpreende que o violento golpe de Estado ocorrido no Chile em 1973 tenha comportado, como reação do governo brasileiro da época, a abstenção de qualquer pronunciamento formal e a continuidade dos laços diplomáticos sempre existentes entre as duas repúblicas. Mas talvez o leitor se pergunte qual terá sido a reação de países como a França. Foi rigorosamente a mesma.

Outros países, como a União Soviética, romperam na ocasião, e de imediato, seu relacionamento diplomático com o Chile, e em diversos foros internacionais hostilizaram a política do novo regime. Não cogitaram, entretanto, de expedir nota formal de recusa de reconhecimento do governo militar.

## Subseção 2 — ESTADOS FEDERADOS E TERRITÓRIOS SOB ADMINISTRAÇÃO

**146. O fenômeno federativo e a unidade da soberania.** Dizem-

-se *autônomas* as unidades agregadas sob a bandeira de todo Estado federal. Variam seus títulos oficiais — províncias, estados, cantões — e varia, sobretudo, o grau de sua dependência da união a que pertencem. É mais que notório que a autonomia dos estados federados na Argentina ou no Brasil não tem a dimensão daquela dos estados norte-americanos, que lhes permite, por exemplo, determinar cada qual suas próprias normas de direito penal e de processo. Uma verdade, entretanto, é válida para todos os casos: autonomia não se confunde com soberania. Isso ficou bem assentado, quando da independência norte-americana, pelos inventores do federalismo. A propósito registra-se breve dissenso doutrinário entre Thomas Jefferson, que entendeu possível conceber um duplo grau de soberania no complexo federativo, e Alexander Hamilton, para quem os estados federados eram os componentes autônomos de uma soberania única, de uma só personalidade internacional. Inexato, às vezes fantasioso, foi tudo quanto mais tarde se pretendeu contrapor a esse parâmetro na sua forma original. Estados federados, exatamente por admitirem sua subordinação a uma autoridade e a uma ordem jurídica centrais, não têm personalidade jurídica de direito internacional público, faltando-lhes, assim, capacidade para exprimir voz e vontade próprias na cena internacional.

Não obstante, constituições federais como a da Alemanha e a da Suíça falam, cada qual a seu modo, de um poder provincial para a negociação exterior. Entidades tão palidamente autônomas quanto estados federais *brasileiros* já trataram, em caráter formal, com pessoas jurídicas de direito público externo. Qual a explicação para tudo isso?

A Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, concede às unidades federadas alguma capacidade contratual voltada para o exterior (art. 32, § 3). Na Suíça, a carta de 1874 dá aos cantões a prerrogativa de celebrar acordos externos sobre "economia pública, relações de vizinhança e polícia" (art. 9). A Lei fundamental soviética de 7 de outubro de 1977 garantia às repúblicas federadas da época o "...direito de estabelecer relações com Estados estrangeiros, com eles celebrar tratados, intercambiar representantes diplomáticos e consulares, e participar da atividade das organizações internacionais" (art. 80). À vista de situações desse

gênero, a Comissão do Direito Internacional havia projetado, para a conferência de Viena sobre o direito dos tratados, um dispositivo assim concebido:

"Estados membros de uma união federal podem possuir capacidade para concluir tratados se tal capacidade for admitida pela constituição federal, e dentro dos limites nela indicados".

Esse texto, que seria o § 2º do art. 5º, foi derrubado na sessão de 1969, após debates que puseram à mostra certa indiferença dos Estados unitários pelo assunto. À exceção do grupo soviético, as demais federações — aí incluídas a Alemanha e a Suíça — contestaram a conveniência de que a Convenção exprimisse semelhante norma. Ante a afirmação bielo-russa de que o parágrafo era "conforme com a legislação e prática" do complexo soviético, observou o delegado brasileiro que, no seu entender, era como Estados a título pleno, e não como estados-membros, que as repúblicas socialistas soviéticas da Ucrânia e da Bielo-Rússia vinham exercitando o relacionamento internacional. Em fim de contas, "...era inconcebível que um país que havia assinado a Carta das Nações Unidas, e participava de conferências internacionais em pé de igualdade com os demais Estados, pudesse ser considerado como componente de uma união federal (...) com direitos limitados. Províncias ou unidades de uma união federal não podem ser membros de organizações internacionais ou assinar tratados"[50]. O que se recolhe desse comentário é uma ironia tendo por alvo a presença internacional da Ucrânia e da Bielo-Rússia na época. Aquelas duas frações — do total de quinze — componentes do Estado federal soviético não tinham como se distinguir da Califórnia, da Baviera, do Maranhão ou de Corrientes. A circunstancial conveniência de se atribuir peso três à voz da União Soviética, quando da fundação das Nações Unidas, foi responsável pela trucagem consistente em abrir, na organização, espaço para a união federal e para, ao lado dela, dois (por que não oito, ou onze?) dos seus quinze estados-membros. Depois desse episódio de 1945, e enquanto durou a URSS, não mais houve como prevenir reprises da singular situação, no quadro das organizações internacionais especializadas e nas conferências preparatórias de tratados multilaterais de grande alcance. Significativamente, porém, a Ucrânia e a Bielo-Rússia não foram partes no Pacto de Varsóvia, nem integraram, a título próprio, o COMECON.

**147. Atuação aparente de províncias federadas no plano internacional.** Não há razão por que o direito internacional se oponha à atitude do Estado soberano que, na conformidade de

50. *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités*, A/CONF. 39/11/Add. 1; Nova York, Nações Unidas, 1970, p. 6 a 17. O chefe da delegação brasileira, autor desses comentários, foi o embaixador Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva.

sua ordem jurídica interna, decide vestir seus componentes federados de alguma competência para atuar no plano internacional, na medida em que as outras soberanias interessadas tolerem esse procedimento, conscientes de que, na realidade, quem *responde* pela província é a união federal.

Isto traz à mente, por analogia, o caso da *nacionalidade*. É indiferente ao direito internacional que certos complexos federais — a Suíça e a antiga União Soviética são exemplos conhecidos — tenham concebido uma nacionalidade "estadual", acaso disciplinada de modo variado pelas diversas províncias, mas representativa, sempre, do vínculo jurídico primário, com repercussão automática sobre o plano federal. Ao direito das gentes importa apenas que cada Estado soberano estabeleça a distinção legal entre nacionais e estrangeiros, e observe certas regras básicas pertinentes ao tratamento de uns e outros. Assim, a nacionalidade provincial só tem significado na cena doméstica do Estado federal que a adota. Para todos os efeitos externos, a união — e não a província — configura o Estado patrial, apto a dar proteção diplomática ao indivíduo, e obrigado a recebê-lo quando indesejado lá fora. Não há, no âmbito do direito internacional, maneira de se valorizar o vínculo primário entre a pessoa e a unidade federada, justo porque carente, esta, de personalidade jurídica naquele terreno.

O Diário Oficial de 11 de junho de 1970 estampou o texto integral de um "contrato de empréstimo" entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o Estado de Minas Gerais, celebrado em 26 de maio daquele ano. O Banco em questão é uma organização internacional regional, de índole financeira, dotada de indiscutida personalidade jurídica no plano do direito das gentes. Apesar do nome que se deu a tal negócio jurídico, é difícil aceitar a ideia de que estejamos em presença de um mero contrato, à vista do que dispõe o art. VII, seção 3:

"Os direitos e obrigações estabelecidos neste Contrato são válidos e exigíveis de acordo com os seus termos, independentemente da legislação de qualquer país, e em consequência nem o Banco nem o Mutuário poderão alegar a ineficácia de qualquer das estipulações contidas neste instrumento".

Adiante, o art. VIII manda submeter à *arbitragem* qualquer controvérsia "que não seja dirimida por acordo entre as partes". Um anexo estabelece a mecânica de composição e funcionamento do tribunal arbitral, cuja decisão, proferida *ex aequo et bono* com base "nos termos do Contrato", é apontada pelo texto como irrecorrível e imediatamente executória. O direito internacional público impregna, do início ao fim, o compromisso. A surpresa do leitor ao ver um estado membro da federação brasileira envolvido nesse gênero de acordo externo se desfaz, porém, à página seguinte do Diário Oficial. Lá está, trazendo a mesma data de 26 de maio de 1970, um "contrato de garantia" entre o Banco Interamericano de Desenvolvimento *e a*

*República Federativa do Brasil*, através do qual a União responde, como fiadora, pelo exato cumprimento das obrigações então assumidas por sua unidade federada.

**148. Territórios sob administração: a ONU e o sistema de tutela.** A independência, nos anos setenta, dos países africanos a que Portugal denominara "territórios de ultramar" pôs termo, virtualmente, a quanto de expressivo até então sobrevivera do fenômeno colonial. A colônia propriamente dita — assim entendido aquele território sujeito à soberania de um Estado que lhe atribuísse, de modo aberto, essa qualificação — não esteve, na história do direito das gentes, em situação muito diversa daquela das outras espécies de territórios dependentes a que se desse título diverso. Sob mais de um ponto de vista pode-se apontar certa variedade de conduta, entre as potências coloniais, no trato de seus domínios; mas é seguro que essa variedade mais foi determinada ao sabor do tempo, das circunstâncias, ou da própria índole dos Estados colonizadores, que da nomenclatura legal classificatória dos territórios dependentes. Que esses, pois, se nomeassem *colônias*, *províncias de ultramar*, *protetorados* ou *estados vassalos*, o quadro pouca alteração sofria. Carentes de personalidade internacional e de competência para a livre negociação no plano exterior, desta não participavam, ou o faziam pela voz da potência colonial. Na melhor das hipóteses, faziam-no de voz própria, mas com o expresso e particularizado endosso da metrópole.

No último século, à sombra das duas grandes organizações internacionais de caráter político — a SDN e a ONU —, o direito das gentes veio a conhecer a figura dos territórios sujeitos à administração de certa soberania, nos termos de uma disciplina rigorosa e votada ao objetivo da descolonização. Entretanto, apesar de sua fundamental característica, qual fosse a predisposição ao acesso à independência, os territórios administrados sob a forma do *mandato* da Sociedade das Nações, ou sob a da *tutela*, instituída pela Carta das Nações Unidas, foram carentes de per-

sonalidade jurídica de direito internacional. Enquanto, pois, não se realizou sua independência, a soberania lhes foi estranha.

Às potências aliadas, vitoriosas na primeira grande guerra, incumbia decidir sobre o destino dos territórios coloniais tomados à Alemanha e ao Império Otomano. Uma redistribuição colonial parecia indecorosa. Entendeu-se prematura, por outro lado, a outorga imediata da independência. Como solução intermediária, e no contexto da fundação da SDN, foi concebido o sistema dos mandatos: certas potências receberam da organização o encargo de administrar aqueles territórios, promovendo-lhes o desenvolvimento, até quando reunissem condições de acesso à independência plena. Esta sobreveio ainda na primeira metade do século XX para os diversos territórios sob mandato, com uma única exceção: a Namíbia, originalmente chamada de Sudoeste Africano. Antiga colônia alemã, confiada, mediante mandato, à África do Sul, a Namíbia enfrentou as consequências da contradição entre o que disse a ONU — até mesmo pela voz da Corte da Haia — a seu respeito, e a resistência da república da África do Sul, que lhe impunha tratamento colonial aberto. A Namíbia tornou-se independente em 1990.

Melhorado quanto à estrutura técnica, e rebatizado como *tutela internacional*, o regime dos mandatos ressurgiria ao tempo das Nações Unidas. Neste caso, como no anterior, a organização pactuou com Estados-membros no sentido de lhes confiar a administração de territórios não autônomos, em nome da comunidade internacional. Sucede que, na rigorosa conformidade do que fora projetado, os territórios sob tutela ascenderam, um por um, à independência. O último caso remanescente foi o de Palau, uma das ilhas do Pacífico colocadas sob a tutela dos Estados Unidos, que alcançou sua independência em 1994.

## Subseção 3 — SOBERANIA E HIPOSSUFICIÊNCIA

**149. O problema dos microestados.** Não se nega, em princípio, que eles sejam soberanos. Todos dispõem de um território mais ou menos exíguo (Andorra: 468 km$^2$, Liechtenstein: 160 km$^2$, São Marinho: 61 km$^2$, Nauru: 21 km$^2$, Mônaco: menos que 2 km$^2$), e de uma população sempre inferior a setenta mil pessoas. Suas instituições políticas são estáveis e seus regimes corretamente estruturados, ainda que vez por outra originais.

O regime republicano é o que se adota na antiquíssima São Marinho, encravada em território italiano, e na jovem Nauru, uma ilha da Oceania. Mônaco — sob

a dinastia da casa de Grimaldi — e o Liechtenstein — regido pela família de igual nome — são principados. Andorra é um singularíssimo coprincipado não hereditário: seus regentes — virtualmente simbólicos depois da reforma constitucional e das eleições gerais de 1993 — são o presidente da França e o bispo da diocese espanhola de Urgel.

Estados soberanos, em regra, detêm sobre seu suporte físico — territorial e humano — a exclusividade e a plenitude das competências. Isto quer dizer que o Estado exerce sem qualquer concorrência sua jurisdição territorial, e faz uso de todas as competências possíveis na órbita do direito público. Aí está o que singulariza os microestados: em razão da hipossuficiência que resulta da exiguidade de sua dimensão territorial e demográfica, partes expressivas de sua competência são confiadas a outrem, normalmente a um Estado vizinho, como a França, no caso de Mônaco, a Itália, no caso de São Marinho, a Suíça, no caso do Liechtenstein. Diversos microestados não emitem moeda: já antes da instituição do euro o franco francês circulava em Mônaco e coexistia com a peseta espanhola em Andorra, enquanto a lira italiana tinha curso em São Marinho. O franco suíço e o dólar australiano são as moedas em curso no Liechtenstein e em Nauru, respectivamente. A mais expressiva, entretanto, das competências não exercitadas diretamente pelos microestados é a que diz respeito à defesa nacional. Eles costumam dispor, no máximo, de uma guarda civil com algumas dezenas de integrantes, e sua segurança externa fica confiada àquela potência com que cada uma dessas soberanias exíguas mantém laços singulares de colaboração, em geral resultantes de tratados bilaterais.

A ninguém surpreenderá, em tais circunstâncias, o fato de que as demais soberanias vejam com alguma reticência a personalidade internacional dos microestados. Não se lhes discute a personalidade jurídica de direito das gentes. Contudo, alguma consequência negativa haveria de resultar não exatamente de sua exiguidade, mas do vínculo que são forçados a manter com certo Estado de maior vulto.

Admitir microestados no debate igualitário em foros internacionais significa, em certos casos, o mesmo que atribuir peso dois à voz e ao voto daquele país que divide com cada um deles o acervo de competências. Por isso a principal restrição que durante longo tempo lhes impôs a prática internacional foi sua inaceitabilidade nas organizações internacionais, notadamente nas de caráter político. Mas nos anos recentes acabaram elas — mesmo a ONU — por acolher microestados recém-independentes como as repúblicas insulares do Pacífico e do Caribe. Não fazia grande sentido continuar resistindo ao ingresso de velhas microssoberanias como Andorra, Liechtenstein, Mônaco e São Marinho. Todas foram admitidas na ONU e em outras organizações universais ao longo dos anos noventa.

**150. Nações em luta pela soberania.** No interior de qualquer Estado a ordem legal arrola com segurança as pessoas jurídicas de direito público interno; dispõe sobre a configuração da personalidade jurídica de direito privado, e rege, num e noutro caso, a capacidade de agir. No direito das gentes essa precisão não existe. A soberania tem ainda hoje a paradoxal virtude de dar a cada Estado o poder de determinar, por si mesmo, se lhe parecem ou não soberanos os demais entes que, a seu redor, se arrogam a qualidade estatal. Irrecusável, por isso, é a liberdade de que todo Estado desfruta para, numa concepção minoritária, ou mesmo solitária — e, ao ver dos demais, exótica —, negar a condição de Estado ao ente que lhe pareça destituído de personalidade jurídica de direito internacional público.

A afirmação inversa não é menos verdadeira. Não há o que impeça um Estado de reconhecer num governo exilado, numa autoridade insurreta, num movimento de libertação, a legitimidade que outros Estados ali não reconhecem, e de, consequentemente, manter relacionamento de índole diplomática — ainda que sob denominação variante, por conveniência — com tal entidade.

Ocupado o território francês pelas tropas alemãs em 1940, instala-se em Vichy um governo colaboracionista. Do território britânico, o general Charles de Gaulle comanda, fazendo uso de emissora de rádio operante em Londres, a "França livre" ou "França combatente". Com este governo — e não com as autoridades de Vichy — relacionaram-se, no curso da guerra, as nações aliadas.

O México — e aparentemente só o México — dialogou durante anos com um *governo republicano espanhol no exílio*, negando legitimidade ao regime franquista. Antes de instalar-se, com jurisdição territorial, a Autoridade Palestina, a Organização para a Libertação da Palestina manteve relacionamento diplomático com diversos Estados — destacadamente os que não reconheciam Israel e viam todo aquele território como pertencente à nação palestina — e relacionou-se ainda, em nível não formalmente diplomático, com inúmeros Estados que afirmavam o direito do povo palestino à autodeterminação sobre uma base territorial própria, sem excluir a realidade do Estado de Israel e seus iguais direitos. Tal foi na época a posição do Brasil.

**151. A Santa Sé: um caso excepcional.** A Santa Sé é a cúpula governativa da Igreja Católica, instalada na cidade de Roma. Não lhe faltam — embora muito peculiares — os elementos conformadores da qualidade estatal: ali existe um *território* de cerca de quarenta e quatro hectares, uma *população* que se estima em menos de mil pessoas, e um *governo*, independente daquele do Estado italiano ou de qualquer outro. Discute-se, não obstante, a sua exata natureza jurídica. O argumento primário da exiguidade territorial ou demográfica não pode ser levado a sério; a autenticidade da independência do governo encabeçado pelo Papa, por sua vez, paira acima de toda dúvida. Mas a negativa da condição estatal da Santa Sé parece convincente quando apoiada no argumento teleológico. Os fins para os quais se orienta a Santa Sé, enquanto governo da Igreja, não são do molde dos objetivos padronizados de todo Estado. Além disso, é importante lembrar que a Santa Sé não possui uma *dimensão pessoal*, não possui nacionais. Os integrantes de seu elemento demográfico preservam os laços patriais de origem, continuando a ser poloneses, italianos, suíços e outros tantos. O vínculo dessas pessoas com o Estado da Cidade do Vaticano — tal é seu nome oficial, hoje alternativo — não é, pois, a nacionalidade; e lembra em certa medida o vínculo funcional que existe entre as organizações internacionais e seu pessoal administrativo.

De todo modo, é amplo o reconhecimento de que a Santa Sé, apesar de não se identificar com os Estados comuns, possui,

por legado histórico, personalidade jurídica de direito internacional.

Até que a campanha da unidade italiana determinasse, em 20 de setembro de 1870, a tomada dos territórios pontifícios pelas tropas de Vítor Emanuel II, o Papa efetivamente acumulava duas funções distintas: a de chefe da Igreja Católica e a de soberano temporal de um Estado semelhante aos outros — e não caracterizado como exíguo, do ponto de vista territorial. O fato traumático não lhe subtraiu a liderança religiosa, mas suprimiu as bases físicas da soberania pontifícia. Nesse sentido, o governo italiano promulgou a *lei das garantias*, de 13 de maio de 1871, reconhecendo a inviolabilidade do Papa, seu estatuto jurídico equiparado ao do rei da Itália e seu direito de legação e relacionamento internacional. Garantiu-se-lhe ainda a posse — não a propriedade — das edificações do Vaticano. O firme protesto da Santa Sé daria então origem a um desentendimento somente extinto no pontificado de Pio XI, reinando Vítor Emanuel III e sendo primeiro-ministro Benito Mussolini. Ao cabo de quase três anos de negociação bilateral, os *acordos de Latrão* (uma concordata, um tratado político e uma convenção financeira) foram firmados em Roma, em 11 de fevereiro de 1929. Nesse contexto, de par com a reafirmação, ampliada, das garantias de 1871, a Santa Sé teve reconhecidas a propriedade de certos imóveis dispersos — entre esses o Castel-Gandolfo —, e plena soberania nos quarenta e quatro hectares da colina vaticana. A essa área o tratado político de Latrão denomina *Estado da Cidade do Vaticano* (art. 26), um nome de escasso emprego na prática do direito internacional. O regime jurídico da Santa Sé, do ponto de vista do Estado italiano, não sofreria alterações posteriores a 1929: a Constituição republicana de 1947 o confirmou de modo expresso (art. 7).

No plano do direito das gentes a Santa Sé exerce seu poder contratual celebrando não apenas *concordatas* — espécie original de compromisso, cujo tema são as relações entre a Igreja Católica e o Estado —, mas outros tratados bilaterais, como o acordo político e a convenção financeira de Latrão. Mesmo Estados então socialistas — a Hungria em 15 de setembro de 1964, a Iugoslávia em 25 de junho de 1966 — deram-se à negociação bilateral com o governo pontifício. A Santa Sé marcou presença, ainda, em muitas tratativas multilaterais caracterizadas pela temática humanitária ou, em todo caso, pela despolitização. Ela é parte nas Convenções de Viena sobre relações diplomáticas e consulares, de 1961-1963, e na Convenção de 1969, também de Viena, sobre o direito dos tratados.

Quando se entenda de afirmar, à luz do elemento teleológico e da falta de nacionais, que a Santa Sé *não é um Estado*, será preciso concluir — ante a evidência de que ela tampouco con-

figura uma organização internacional — que ali temos um caso único de personalidade internacional anômala. A pretensa detecção de fenômeno semelhante noutras entidades — a Ordem de Malta, em especial — não tem fundamento.

A *Soberana Ordem Militar de Malta* teve origem, com o nome de Ordem de São João Batista, num hospital e albergue para peregrinos, instalado em Jerusalém, no século XI. Marcada desde o início pelo ideal humanitário, a Ordem se transferiu sucessivamente para São João d'Acre, no litoral norte da Palestina, e para as ilhas de Chipre (1291) e de Rodes (1310). Em 1530, expulsa de Rodes por Solimão II, a Ordem se instala na ilha de Malta, cedida por Carlos V, e ali permanece até que, em 1798, o então general Bonaparte, a caminho do Egito, decide tomar o território[51]. Muitos anos mais tarde a Ordem benemerente, guardando agora o nome da última ilha ocupada, reaparece em Roma, de certo modo à sombra da Santa Sé.

A Ordem de Malta nada tem que a assemelhe a um Estado, e a nenhum título ostenta, à análise objetiva, a personalidade jurídica de direito das gentes. Sua presença em certas conferências internacionais se dá sob o estatuto de entidade observadora. A ordem não é parte em tratados multilaterais, e o Estado que porventura haja com ela pactuado, bilateralmente, terá apenas exemplificado aquele arbítrio conceitual inerente à soberania. O principal elemento gerador de equívocos, quanto ao estatuto jurídico da Ordem de Malta, consiste naquilo que Accioly qualificou como "...as pseudorrelações *diplomáticas* por ela mantidas..." com algumas nações soberanas, entre as quais o Brasil[52].

## Seção VII — MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO

**152. Atualidade das normas.** Na administração de seu próprio território e em quanto faz ou deixa que se faça nos espaços co-

51. Expulsos os cavaleiros da Ordem, as tropas francesas são hostilizadas pela população nativa — de origem cartaginesa e fenícia — e finalmente repelidas, logo ao romper do século XIX, com a ajuda dos ingleses, que então se instalam para uma longa permanência. Malta, a ilha, torna-se uma república independente em 1964, e ingressa na União Europeia em 2004.

52. *Accioly*, I, p. 108. *V.* também Alfred Verdross, *Derecho internacional público*, trad. A. Truyol y Serra, Madri, Aguilar, 1969, p. 154-155.

muns, o Estado subordina-se a normas convencionais, de elaboração recente e quase sempre multilateral, a propósito do meio ambiente. A gênese dessas normas justificou-se antes de tudo na interdependência: o dano ambiental devido à negligência ou à defeituosa política de determinado Estado tende de modo crescente a repercutir sobre outros, não raro sobre o inteiro conjunto, e todos têm a ganhar com algum planejamento comum. De outro lado essas normas prestigiam um daqueles *direitos humanos de terceira geração*[53], o direito a um meio ambiente saudável.

Tais como as normas hoje vigentes no plano internacional sobre economia e desenvolvimento — que também respondem, em certa medida, a um direito humano de terceira geração —, as normas ambientais têm um tom frequente de "diretrizes de comportamento" mais que de "obrigações estritas de resultado"[54], configurando desse modo aquilo que alguns chamaram de *soft law*.

Preocupações tópicas nesse domínio não são exatamente uma novidade. Alguns tratados e decisões arbitrais, desde o final do século XIX, têm clara índole preservacionista (primeiro de espécies da fauna, mais tarde da flora e dos rios). Nos anos cinquenta esse direito esparso ocupou-se de prevenir certas formas de poluição já na época alarmantes, como as que resultavam de indústrias químicas e mecânicas e de atividades nucleares. A globalização do trato da matéria ambiental deu-se na grande *Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente* (Estocolmo, 1972), cujo produto foram algumas dezenas de resoluções e recomendações, além do principal: uma Declaração de princípios que materializava as "convicções comuns" dos Estados participantes. O ideal da conjugação harmônica do desenvolvi-

---

53. *V. retro* o § 135.

54. Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Mathias Forteau e Alain Pellet, *Droit international public*, 8. ed., Paris, LGDJ, 2010, p. 1429.

mento com a preservação ambiental marca presença nos princípios de Estocolmo. Esse binômio ganharia vitalidade nos anos que sobrevieram e que conduziram à grande conferência do Rio de Janeiro.

Em traços muito sumários, o binômio resultava de uma justificada resistência dos países em desenvolvimento a que o tema ambiental fosse tratado de modo singular, como se todos os povos, havendo já prosperado, pudessem entregar-se com igual fervor aos cuidados do meio ambiente. Reconhecendo implicitamente as próprias culpas por quanto havia custado à saúde do planeta sua prosperidade, os países pós-industriais não se opuseram a essa forma de tratamento da matéria.

No Rio de Janeiro, em junho de 1992, reuniu-se a *Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento*. A importância reconhecida a esse empenho da sociedade internacional ficou patente na presença de cento e setenta e oito delegações nacionais, cento e dezessete delas encabeçadas pelo próprio chefe de Estado ou de governo. Da conferência resultaram duas convenções (sobre *mudanças climáticas* e *diversidade biológica*), duas declarações (uma geral, outra sobre florestas) e um amplo plano de ação que se chamou de *Agenda 21*. Esses três últimos textos não pretenderam ter natureza obrigatória, e o que se passou nos anos seguintes não foi animador. Cinco anos mais tarde a Assembleia Geral da ONU formalmente “constatou e deplorou” o atraso na implementação incipiente da Agenda 21.

**153. Matrizes do direito ambiental.** Antes de mais nada, a tônica das normas e diretrizes que se consolidaram no Rio de Janeiro assenta no binômio já referido: não se deve buscar o desenvolvimento à custa do sacrifício ambiental, até porque ele assim não será durável; mas é injusto e tendencioso pretender que a preservação ambiental opere como um entrave ao desenvolvimento das nações pobres ou das que ainda não o alcançaram por inteiro. Conciliados os dois valores, chega-se ao conceito de

*desenvolvimento sustentável*: aquele que não sacrifica seu próprio cenário, aquele que não compromete suas próprias condições de durabilidade. É dos Estados a responsabilidade maior pela busca do desenvolvimento preservacionista. Tanto significa dizer que os executores principais desse novo direito seguem sendo as personalidades originárias do direito das gentes. Não houve, por parte daquelas, uma abdicação que chame à frente da cena a comunidade científica ou as organizações não governamentais, embora seja este provavelmente o domínio de que mais intensamente participam esses atores privados, e um dos domínios de maior interesse da opinião pública. As responsabilidades estatais são *diferenciadas* em função dos recursos de cada Estado, do seu grau de desenvolvimento, do seu patrimônio ecológico, do seu potencial poluente. Os textos do Rio de Janeiro destacam os deveres de *prevenção*, de *precaução* e de *cooperação internacional*, e enfatizam os direitos das gerações futuras, que não deveriam ser sacrificados em favor de um desenvolvimento a qualquer preço neste momento da história.

# Capítulo II

# ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

**154. Introdução.** Alguns milênios separam, no tempo, o Estado e a organização internacional. Do primeiro, um esboço de teoria geral se poderia conceber na antiguidade clássica. A segunda é um fenômeno do último século, é matéria talvez ainda não sedimentada o bastante para permitir segura compreensão científica. Não fica aí, porém, a diferença entre essas duas formas de personalidade em direito internacional público. Paul Reuter, um dos mais lúcidos analistas do fenômeno organizacional, costumava observar que as desigualdades *quantitativas* reinantes entre os Estados — no que concerne à extensão territorial, à dimensão demográfica, aos recursos econômicos — não obscurecem sua fundamental igualdade *qualitativa*: da Dinamarca à Mauritânia, do Luxemburgo à China, os objetivos do Estado são sempre os mesmos, e têm por sumário a paz, a segurança, o desenvolvimento integral de determinada comunidade de seres humanos. Já no caso das organizações internacionais, as desigualdades reinam em ambos os terrenos: são quantitativas, por conta da diversidade do alcance geográfico, do quadro de pessoal ou do orçamento; mas são sobretudo qualitativas, porque não visam, as organizações, a uma finalidade comum. Seus objetivos variam, com efeito, entre a suprema ambição de uma ONU — manter a paz entre os povos, preservar-lhes a segurança, e fomentar, por acréscimo, seu desenvolvimento harmônico — e o modestíssimo desígnio de uma UPU, consistente apenas em ordenar o trânsito postal extrafronteiras. Como assinalou certa vez o próprio Reuter, é extraordinária a heterogeneidade

dos entes que se podem designar pelo termo *organizações internacionais*[1].

E isto sucede, note-se bem, no estrito domínio das organizações internacionais propriamente ditas — organizações criadas e integradas por Estados, e por eles dotadas de personalidade própria em direito das gentes. Para o reconhecimento da heterogeneidade em causa não é preciso que se resvale rumo ao domínio dos *organismos internacionais* — essa miraculosa expressão concebida para socorrer-nos quando não sabemos exatamente *de que* estamos falando: se de uma verdadeira organização internacional, como a UNESCO ou a OACI; se de um *órgão* componente de organização internacional, como o UNICEF ou a Corte Internacional de Justiça; se de uma personalidade de *direito interno*, cuja projeção internacional não tenha exato contorno jurídico, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha; se de um mero *tratado* multilateral, cujo complexo mecanismo de vigência produza a ilusão da personalidade, como o GATT; ou ainda — extrema impertinência — se de uma *associação* internacional de empresas, situada à margem do direito das gentes, como a IATA.

Há também o caso original das empresas instituídas por compromisso entre Estados, qual a companhia aérea *Scandinavian Airlines System*, a empresa administradora do túnel sob o *Mont Blanc* e, em nossa área, a *Itaipu Binacional*. Mediante tratado de 1973 Brasil e Paraguai fundaram a entidade destinada a construir, para depois administrar, a mais potente hidrelétrica do seu tempo. Proveram-na de capitais públicos e lhe conferiram personalidade jurídica de direito privado — segundo o modelo das chamadas "modernas empresas públicas". Em princípio, toda pessoa jurídica encontra sua legitimidade e sua regência numa determinada ordem jurídica: a ordem internacional no caso dos Estados e organizações, a ordem nacional de certo Estado no caso das pessoas de direito público interno e de direito privado. O que singulariza Itaipu, ao lado daquelas outras citadas e de algumas mais, é seu embasamento não em uma, mas simultaneamente em duas ou mais ordens jurídicas domésticas. Itaipu é, com efeito, uma pessoa jurídica de direito privado binacional. As leis paraguaias e as leis brasileiras orientam alternadamente suas relações jurídicas (conforme, por exemplo, a nacionalidade ou o domicílio da outra parte), e os juízes de um e outro dos dois países podem conhecer, à luz de semelhantes critérios, do eventual litígio.

A natureza jurídica de Itaipu é, pois, essencialmente diversa daquela das organizações internacionais. Não obstante, a empresa recolhe apreciável benefício do fato de resultar da conjugação de duas vontades soberanas, e de ter sido, assim, instituída por tratado. Itaipu não está sujeita aos transtornos que se podem abater

1. Paul Reuter, Observações sobre o projeto Dupuy; *A. Inst.* (1973), v. 55, p. 396.

sobre toda empresa (e, com maior naturalidade ainda, sobre empresas estatais) por força das decisões do poder público. Nem ao Brasil nem ao Paraguai é facultado esquecer a base convencional, assentada em direito das gentes, sobre a qual um dia os dois países construíram o estatuto da empresa. Ela não se encontra sujeita, por exemplo, a uma medida expropriatória paraguaia ou a uma interdição unilateral brasileira. Itaipu esteve à margem do congelamento de ativos financeiros que alcançou, no Brasil, em março de 1990, as pessoas naturais e as empresas em geral, mesmo estrangeiras.

LEITURA

Parecer do autor sobre matéria em curso no foro brasileiro, em fevereiro de 2009:

"*Itaipu Binacional. Regime trabalhista disciplinado por tratados bilaterais vigentes entre) o Brasil e o Paraguai. Prevalência dos tratados internacionais sobre normas ordinárias de direito interno. Entendimento da Constituição Federal. A norma internacional à luz da sistemática constitucional do Brasil contemporâneo. O princípio da especialidade. Hipótese em que a quebra do tratado pela Justiça brasileira afrontaria, ademais, o preceito constitucional da isonomia retributiva do trabalho.*

[...] Tanto o Tribunal Regional como o Tribunal Superior do Trabalho entenderam em certo feito que, para estabelecer a forma de pagamento do adicional de periculosidade devido a empregados da Itaipu Binacional, aplicam-se determinadas normas de higiene e segurança do trabalho expressas na CLT, não obstante o que preceituam tratados internacionais vigentes entre o Brasil e o Paraguai, disciplinando a matéria de maneira diversa.

Entendeu o Tribunal Regional que as normas da CLT são de ordem pública, não sendo possível afastar sua aplicabilidade nem mesmo por força de normas internacionais, pois vigora no âmbito trabalhista o princípio da regra mais favorável ao trabalhador, no caso a lei interna trabalhista. A decisão foi confirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em sede de embargos de declaração no recurso de revista, ao entendimento de que 'no Direito do Trabalho brasileiro ainda prevalece a teoria da norma mais favorável, tal como procedeu o Tribunal Regional', afastada, por fim, a chamada *teoria do conglobamento*.

Itaipu Binacional é uma empresa emergente do direito internacional público, resultante de tratado concluído entre dois Estados soberanos, Brasil e Paraguai, em 26 de abril de 1973. Esse tratado foi aprovado pelo Congresso Nacional com o Decreto Legislativo n. 23, de 23 de maio de 1973, e promulgado pelo Decreto n. 72.707, de 28 de agosto de 1973, no mais rigoroso molde da lei fundamental, que a propósito não mudou substancialmente desde a Carta da primeira república, de 1891.

Uma vez mais no exato molde da Constituição, as duas nações soberanas celebraram o Protocolo de 11 de fevereiro de 1974, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 40, de 14 de maio de 1974, e promulgado pelo Decreto n. 74.431, de 19 de agosto de 1974. Esse novo tratado já fora anunciado pelo artigo XVIII do tratado anterior, que o destinara a reger as relações entre a Itaipu Binacional e seus empregados diretos.

Entende a Itaipu Binacional que o Protocolo de 1974 é formalmente um tratado internacional, tendo força de lei e prevalecendo sobre qualquer norma ordinária de direito interno, quando menos à luz do princípio *lex specialis derogat generali*, se não por força da sistemática constitucional que privilegia os compromissos externos da República em matéria de direitos e garantias. Pondera a empresa que o Protocolo (artigo 4º c/c artigo 6º) exclui a aplicação da lei interna, brasileira ou paraguaia, em matéria de higiene e segurança do trabalho. Destaca enfim que o Protocolo é lei especial, que não se poderia entender modificada por normas gerais de produção legislativa brasileira sobre o adicional de periculosidade por risco elétrico.

O que me parece evidente neste caso é um erro elementar de análise jurídica, fundado na manipulação da nomenclatura. O Tribunal Regional pretendeu amesquinhar a dimensão normativa do tratado de 1974 em razão única de as partes o haverem denominado *protocolo*. A validade desse compromisso internacional da República, vestido de todas as características de um tratado em sentido estrito, não é entretanto diversa, nem difere ele, em sua natureza jurídica, da Carta das Nações Unidas ou da Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Nem mesmo se pode trazer à mesa, dentro dos limites do caso em exame, a questão, aqui impertinente, de saber se possuem igual estatura os tratados internacionais *executivos*, assim chamados aqueles que o governo conclui sem ouvir o Congresso, por conta da presunção, quase sempre bem fundada, de que o Congresso já os aprovou por antecipação ao confirmar um tratado anterior, de que o outro seria subproduto anunciado. Tudo quanto veio à mesa do Judiciário na presente controvérsia foram normas de direito internacional produzidas por esta soberania, em entendimento com outra nação não menos soberana, no rigoroso molde constitucional — repita-se — dos tratados em sentido estrito. O protocolo é assim um tratado internacional, e o é *em sentido estrito*, visto que submetido nas duas Repúblicas que o negociaram à aprovação parlamentar e à confirmação definitiva das vontades nacionais pela voz dos respectivos governos. O Protocolo de 1974 sobre as relações entre a Itaipu Binacional e seus empregados diretos é parte da ordem jurídica que ao Judiciário de ambas as nações incumbe observar e fazer valer.

[...] O Supremo Tribunal Federal de longa data tem reconhecido que a hipótese de concorrência entre tratado e lei, ainda que mais recente esta última, resolve-se em favor da aplicação do tratado sempre que este possa representar, ante certo quadro de fato, a *lex specialis*, por contraste com a norma geral es-

tampada na lei interna. Esse preceito pretoriano, fundado em um dos mais elementares princípios da lógica jurídica, vale sempre que o tratado governe nosso procedimento *em relação a determinada soberania ou conjunto de soberanias estrangeiras* com que tenha o Brasil pactuado sobre matéria disciplinada de modo diverso no contexto das normas gerais — e infraconstitucionais — de produção interna. A República fica internacionalmente em falta ao preterir o tratado que a obriga ante outras nações em favor de um diploma interno resultante da abstração, pelo legislador doméstico, de nossos compromissos internacionais em vigor. Impor-se-ia, em tais circunstâncias, a denúncia do tratado — com a eventual reparação de danos porventura resultantes de seu descumprimento temporário.

A prevalência do tratado internacional enquanto *lex specialis* foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal em bom número de casos de extradição, ficando claro que, quando a relação extradicional do Brasil com o Estado requerente é governada por tratado, o preceito deste prevalece *sempre* sobre o da lei geral da extradição — o Estatuto do Estrangeiro — , pouco importando que isso casualmente crie uma situação mais favorável ao extraditando, e portanto menos favorável aos interesses do próprio Estado que o reclama. Naquela Casa foram muitos os juízes a proclamar, sempre com o assentimento de todos os seus pares, que o tratado bilateral de extradição, por sua especificidade, prima sobre as normas internas regentes da matéria, independentemente da cronologia de sua vigência. Mediante idêntica equação jurídica o Supremo deixou claro que o princípio do primado da *lex specialis* seria por si mesmo bastante para assegurar a preterição da norma geral de produção doméstica e a consequente aplicação do disposto no tratado. Em junho de 1950, julgando embargos em apelação cível, o Ministro Lafayette de Andrada invocava lições de Orosimbo Nonato e citava Hannemann Guimarães:

*'Os tratados são interpretados de acordo com sua própria finalidade, e não em conformidade com as disposições legais restritivas do país contratante. O tratado é lei especial, cuja aplicação não deve ficar subordinada à lei geral de cada país, se teve aquele por objeto excluir essa lei geral' (Apelação Cível 9.583, do Rio Grande do Sul, relator o Ministro Lafayette de Andrada, Tribunal Pleno em 22 de junho de 1950).*

A Itaipu Binacional sempre pagou o percentual relativo à periculosidade à luz da disciplina prescrita pelos compromissos bilaterais vigentes entre o Brasil e o Paraguai, aí incluídos o tratado de 1973 e todos os demais acordos que lhe deram estatuto, e cuja perfeita constitucionalidade nunca foi posta em causa. Isso tem ocorrido, ademais, nos precisos termos do *acordo coletivo de trabalho* celebrado entre Itaipu Binacional e os sindicatos reclamantes, entre outros. A cláusula 48 do acordo coletivo dispõe especificamente sobre o adicional de periculosidade por risco elétrico, determinando que seja concedido 'conforme a regulamentação pertinente da Entidade'.

O compromisso internacional aqui examinado dispõe sobre direitos tanto de trabalhadores brasileiros como de trabalhadores paraguaios que laboram na mesma empresa. O tratado equaciona a questão de contar Itaipu com empregados das duas diferentes nacionalidades desempenhando as mesmas funções para o mesmo empregador. Essa disciplina visa justamente a evitar que duas legislações domésticas pretendam reger diversamente, em função da nacionalidade, trabalhadores que prestam à empresa idêntico serviço, e cujo estatuto funcional é rigorosamente o mesmo. Se a Justiça do Brasil entende de violar as normas convencionais do estatuto de Itaipu para aplicar, casuisticamente, normas de produção interna, a pretexto de que mais favoráveis ao trabalhador que lhe bate às portas, isso significa não apenas induzir o Brasil em ato ilícito perante o Estado copactuante — a República do Paraguai, que, recorde-se, é quem arca com metade dos custos da empresa binacional —, mas ainda afrontar, por força das consequências dessa opção, o princípio constitucional da isonomia retributiva. Esse princípio não é apenas de *ordem pública*: ele se inscreve historicamente na Constituição do Brasil e em todas as declarações de direitos que no plano internacional se promulgaram ao longo do século XX.

No quadro da criação de Itaipu Binacional nenhuma das duas soberanias pactuantes colocou-se em posição de prevalência sobre a outra. Não se há de conferir à lei interna de qualquer dos dois países, porque aplicada ao litígio concreto por seus juízes, a virtude de prevalecer sobre o que foi ditado como disciplina da relação de trabalho pela comunhão de vontades soberanas. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, ao codificar em 1969 normas consuetudinárias secularmente reconhecidas pela comunidade internacional, lembrou que '*uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado*' (artigo 27). A Convenção recorda ainda que o respeito pelos tratados internacionais é princípio rudimentar do direito das gentes. Os tratados obrigam as partes à base de seu consentimento soberano, e devem ser cumpridos de boa-fé, tão inteiramente quanto neles se contém. Este o conteúdo do princípio *pacta sunt servanda*. E o Protocolo de 1974 determina:

*'Artigo 4º. As autoridades das Altas Partes Contratantes, competentes em matéria de higiene e segurança do trabalho, celebrarão acordo complementar sobre o assunto, do qual constarão: a) a fixação de adicionais de vinte a quarenta por cento sobre o valor do salário-hora normal para o trabalho prestado em condições insalubres e de trinta por cento para o prestado em contato permanente com inflamáveis e explosivos, não admitida a acumulação desses acréscimos; e b) a constituição de comissões de prevenção de acidentes do trabalho'.*

O Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula da justiça especializada, já ensinou que a análise de normas jurídicas em aparente concorrência há de fazer-se mediante a correta compreensão do conjunto, de modo a evitar que

se produzam hibridismos extravagantes. Essas lições dão conta de que na apuração da norma mais favorável não se podem operar decomposições e junções de elementos diversos. Os textos legais em pretendida concorrência devem ser encarados na sua inteireza e as normas hão de observar-se em seu conjunto, para que se evite a aplicação cumulativa de estatutos diferentes. Algo assim já foi decidido pelo Tribunal Superior do Trabalho, sob a relatoria do eminente Ministro Francisco Fausto, em processo envolvente da própria Itaipu Binacional:

*'Hidrelétrica Itaipu – Protocolo Adicional do Tratado de Itaipu. Decreto n. 75.242/75 – O Decreto n. 75.242/75 dispõe sobre a aprovação do Protocolo Adicional que trata da relação de trabalho e previdência social. A hipótese é de Tratado Internacional, fonte formal de direito interno. O Decreto n. 75.242/75 é, então, lei no sentido material. A indicação de ofensa a seu texto possibilita a revista trabalhista, nos termos do artigo 896, alínea 'c', da CLT. Se for dado ao judiciário o poder de destacar normas da CLT e do tratado Binacional de Itaipu, para dispor sobre regência trabalhista específica, ficaria possibilitada a criação de um terceiro regime' (TST SDI-I – ERR 172.970/1995).*

Com efeito, a teoria da incindibilidade ou do *conglobamento* leva em conta a norma mais benéfica em seu contexto, e não admite que se destaque algum preceito tópico e avulso da CLT ou de outro diploma legislativo interno para aplicá-lo a trabalhadores regidos por uma disciplina internacional que a propósito não é omissa. É de inteira pertinência a teoria do conglobamento, com que se evita o fracionamento de preceitos expressos em diferentes roteiros normativos, partindo-se para a consideração dos regimes concorrentes sem quebra da respectiva integridade.

Preceitos de *ordem pública* são, em toda ordem jurídica, aqueles que — independentemente de seu nível hierárquico — limitam a liberdade contratual dos particulares. A legislação trabalhista, no Brasil e alhures, é rica em preceitos dessa natureza, o que se explica pela preocupação do legislador com a presumida desigualdade de forças à mesa onde se celebram contratos de trabalho. Não se sabe, entretanto, de onde terá sido tirada a ideia de que um preceito de ordem pública, quando expresso em legislação ordinária, possa limitar a liberdade do próprio legislador para prosseguir legislando, acaso de modo diverso; ou possa limitar a liberdade do Estado soberano para pactuar com outras soberanias, em plano bilateral ou coletivo, editando normas de direito internacional porventura aplicáveis a tratativas entre particulares, e que podem igualmente ostentar a marca da ordem pública. É inconcebível que se invoque a ordem pública jacente em normas domésticas sobre segurança do trabalho para invalidar com isso a disciplina internacional de Itaipu, como se aquelas normas castrassem, de algum modo, a liberdade soberana do Estado brasileiro para, em tratado internacional, editar disciplina diversificada para uma situação singular. A República do Paraguai também consagra o conceito

de ordem pública, e sugestivamente o faz no seu Código Civil, cujo artigo 9ª assim dispõe:

*'Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres'.*

Não se tem notícia de que a Justiça daquele país, parceiro do Brasil no Tratado de Itaipu, haja utilizado o argumento da ordem pública ou de eventuais preceitos mais favoráveis de sua lei doméstica para violar as normas que regem a empresa binacional, impondo-lhe encargos que afinal seriam suportados em parte pelo Brasil.

Parece haver-se desprezado no caso presente a disciplina internacional de Itaipu em favor de uma aplicação tópica da CLT, ao argumento de que é *direito constitucional dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*. Nada existe no regime jurídico de Itaipu que contrarie esse preceito constitucional, tudo se resumindo em especificidades capilares onde aquela disciplina difere da disciplina doméstica. Deu-se, por outro lado, uma olímpica abstração do texto da Constituição da República quando este, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, valoriza o princípio da isonomia salarial. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aclamada em 1948, é um monumento normativo das Nações Unidas e enaltece, no seu conciso rol de direitos elementares, o da igualdade retributiva do trabalho humano:

*'Artigo XXIII. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho'.*

O Protocolo brasileiro-paraguaio de 1974, que rege as relações entre a Itaipu Binacional e seus empregados diretos, é um tratado internacional em sentido estrito, de hierarquia não inferior àquela de qualquer outro tratado internacional que obrigue presentemente a República. Ainda que unicamente à base do princípio da especialidade, e sem recurso ao privilégio que os parágrafos do artigo quinto da Constituição de 1988 conferem aos tratados internacionais assecuratórios de direitos e garantias, a disciplina de Itaipu Binacional prevalece sobre qualquer norma concorrente de produção interna, brasileira ou paraguaia, a tanto conduzindo a doutrina consagrada nas últimas décadas pelo Supremo Tribunal Federal. Preceitos internos e ordinários de ordem pública limitam a liberdade contratual dos particulares, não a do próprio legislador ordinário, menos ainda a do constituinte, não a do Estado brasileiro, para elaborar normas internas, ou para produzir, em associação com outras soberanias, o direito internacional. A fiel aplicação de um regime jurídico que compromete internacionalmente a República não é uma opção, mas um dever dos poderes do Estado brasileiro, sem exclusão do Judiciário".

Este capítulo propõe, em sua primeira seção, uma sumária teoria geral das organizações internacionais. A seção seguinte é

um ensaio classificatório, com alguma informação histórica sobre determinadas organizações.

## Seção I — TEORIA GERAL

**155. Personalidade jurídica.** A atribuição de personalidade jurídica de direito das gentes, em termos expressos, é algo aleatório no texto dos tratados constitutivos de organizações internacionais.

Exemplo pioneiro, encontrável em meio aos tratados institucionais de maior importância: o art. 39 da Constituição da OIT, que data de 1919 ("A Organização Internacional do Trabalho deve possuir personalidade jurídica; ela tem, especialmente, capacidade (a) de contratar, (b) de adquirir bens móveis e imóveis, e de dispor desses bens, (c) de estar em juízo").

Paul Reuter, atento à fase incipiente em que se encontrava a formulação de uma teoria geral das organizações internacionais, insistia em que a personalidade jurídica de direito das gentes não é a *fonte* da competência da organização, mas seu *resultado*[2]. Se os pactuantes — ainda que despreocupados de lavrar um dispositivo do gênero do art. 39 da Constituição da OIT — definem os *órgãos* da entidade projetada, assinalando-lhes *competências* próprias a revelar autonomia em relação à individualidade dos Estados-membros, então, a partir da percepção dessa estrutura orgânica, e a partir, sobretudo, da análise dessas competências, será possível afirmar que o tratado efetivamente deu origem a uma nova personalidade jurídica de direito internacional público. A competência da organização para celebrar tratados em seu próprio nome é de todas a mais expressiva como elemento indicativo da personalidade. Tanto

2. Paul Reuter, *Droit international public*, Paris, PUF, 1963, p. 126-127.

isso é certo que sua dispensabilidade teórica — vale dizer, a possibilidade da existência de uma organização internacional autêntica, mas não provida de poder convencional — foi alvo de alguma contestação. Segundo o projeto Dupuy, de 1973, devem entender-se como *organizações internacionais* apenas "...aquelas que, em virtude de seu estatuto jurídico, têm capacidade de concluir acordos internacionais no exercício de suas funções e para a realização de seu objeto"[3].

**156. Órgãos.** Dois órgãos, pelo menos, têm parecido indispensáveis na estrutura de toda organização internacional, independentemente de seu alcance e finalidade: uma *assembleia geral* — onde todos os Estados-membros tenham voz e voto, em condições igualitárias, e que configure o centro de uma possível competência "legislativa" da entidade — e uma *secretaria*, órgão de administração, de funcionamento permanente, integrado por servidores neutros em relação à política dos Estados-membros — particularmente à de seus próprios Estados patriais. A assembleia geral não é permanente: ela se reúne, de ordinário, uma vez por ano, e pode ser convocada em caráter excepcional, quando o exigem as circunstâncias. Na assembleia têm assento *representantes* dos Estados membros da organização. Na secretaria, as pessoas se *neutralizam* enquanto duram seus mandatos — o do secretário-geral ou diretor-geral, os dos altos funcionários administrativos e até mesmo aqueles do pessoal subalterno. Há nas organizações internacionais, na hora presente, forte tendência a prestigiar o mérito no recrutamento de seus servidores neutros — apesar de naturais injunções políticas no que concerne à formação do escalão superior, e também de uma certa partilha numérica de postos, de tal modo que nenhum Estado-membro seja especialmente favorecido ou descartado.

---

3. René-Jean Dupuy, Projet d'articles sur le droit des accords conclus par les organisations internationales; *A. Inst.* (1973), v. 55, p. 380.

Outro órgão encontrável nas organizações de vocação política é um *conselho permanente* — cujo funcionamento, como transparece do nome, é ininterrupto, e que tende a exercer competência executiva, notadamente em situações de urgência. Quando esse conselho permanente se compõe de representantes de *todos* os Estados membros da organização (qual sucede na OEA), ele reproduz, politicamente, o perfil da assembleia geral, dela se diferenciando pelo fato da constância de seu funcionamento e por uma pauta própria de competências. O modelo alternativo é aquele em que o conselho se compõe de representantes de *alguns* Estados membros da organização, eleitos pela assembleia geral por prazo certo, ou acaso dotados de mandato permanente: dessas duas formas conjugadas integra-se o Conselho de Segurança da ONU, a exemplo do que sucedera no Conselho de sua antecessora, a Sociedade das Nações.

Em função do seu alcance e dos seus propósitos, a organização internacional pode ter estrutura mais ampla, dispondo de outros conselhos — como, na ONU, o Econômico e Social —, bem assim de órgãos técnicos, de órgãos judiciários — como a Corte da Haia, no quadro da ONU, ou as cortes de Estrasburgo e de Luxemburgo, no quadro da União Europeia —, e até mesmo de órgãos temporários, fadados à extinção quando tenham atendido a certa finalidade conjuntural.

**157. Aspectos do processo decisório.** De modo geral, as organizações internacionais contemporâneas não alcançaram ainda um estágio em que o *princípio majoritário* opere com vigor semelhante ao que se lhe atribui em assembleias regidas por direito interno (como as casas legislativas dos diversos países). Atuando em assembleia ou em conselho, numa organização internacional, o Estado só se costuma sentir obrigado por quanto tenha sido decidido com seu voto favorável, ao menos no que seja *importante* — e não apenas instrumental, como a eleição do titular de certo cargo, ou a fixação de um calendário de trabalhos.

A submissão necessária da minoria nunca apareceu, assim, como regra, mas como exceção, encontrável desde o início no quadro das comunidades europeias. Tratava-se das *recomendações* da CECA e das *diretrizes* da CEE, que se impunham a todos os membros ainda quando subscritas por maioria. Mas essas peças prescreviam obrigações sempre limitadas e cuidadosamente definidas pelos tratados constitutivos.

Inúmeras resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas foram objeto da mais ostensiva indiferença, e até mesmo de ataques violentos por parte de Estados-membros dissidentes. O caso das intervenções no Congo e no Oriente Médio foi prova precoce e suficiente do valor relativo das recomendações da Assembleia. No quadro da OEA pretendeu-se, em 24 de abril de 1963, autorizar o Conselho a investigar atividades e operações de infiltração comunista no continente. Havendo o Brasil votado contra a resolução, seu texto final limitou o controle do Conselho ao território dos Estados Unidos e das repúblicas hispano-americanas. Ainda na OEA, em 3 de agosto de 1964, o México repudiava, isolado, a recomendação inerente a um rompimento geral de relações com Cuba.

Durante algum tempo a partir da crise do Golfo, contemporânea das mudanças que conduziriam ao colapso da União Soviética em 1991, o Conselho de Segurança da ONU acelerou seu processo decisório mediante prévio entendimento entre seus cinco membros permanentes. O consenso antecipado dos detentores do poder de veto abreviava os debates e as votações no Conselho, ainda que ao preço de certo desgaste para seus dez membros temporários. Mais tarde, quando das intervenções armadas de certos países no Kosovo e no Iraque, já não havia consenso algum no Conselho de Segurança, e a própria organização foi marginalizada.

**LEITURA**

Voto do autor como Juiz da Corte Internacional de Justiça nos casos relacionados ao atentado de *Lockerbie* (Líbia *vs.* Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte; Líbia *vs.* Estados Unidos da América, 1998):

"Uma vez que os Estados requeridos [Reino Unido e Estados Unidos], contestando tanto a competência da Corte quanto a admissibilidade da demanda, ressaltaram a força obrigatória e o primado das resoluções 748 (1992) e 883 (1993) do Conselho de Segurança, à luz dos artigos 25 e 103 da Carta das Nações Unidas, penso que nosso acórdão, com que estou de acordo, enfrentaria melhor a argumentação das Partes se consagrasse algumas linhas ao tema da competência da Corte em face da competência dos órgãos políticos da Organização.

O artigo 103 da Carta é uma regra de solução de conflitos entre tratados: ele pressupõe, antes de qualquer outra coisa, a oposição entre a Carta das Nações Unidas e qualquer outro compromisso convencional, e resolve o conflito

em favor da Carta, não importando a cronologia dos textos. Mas essa norma não tem a pretensão de operar em detrimento do direito internacional costumeiro, e menos ainda em afronta aos princípios gerais do direito das gentes. É *a própria Carta* das Nações Unidas (não uma *resolução* do Conselho de Segurança, uma *recomendação* da Assembleia Geral ou um *acórdão* da Corte Internacional de Justiça) a titular do primado que a norma consagra: a Carta com todo o peso de seus princípios, de seu sistema, e da repartição de competências que ela determina.

Por outro lado, é esta Corte a intérprete definitiva da Carta das Nações Unidas. À Corte cabe definir o sentido de cada um de seus preceitos e do conjunto do texto, e aí temos uma responsabilidade particularmente grave quando a Corte é confrontada com decisões de um dos órgãos políticos principais da Organização. Assegurar o primado da Carta em seu sentido preciso e completo é das mais eminentes tarefas da Corte. Esta, de pleno direito e por dever, há de realizar tal objetivo, ainda que isso possa teoricamente conduzir à crítica de outro órgão das Nações Unidas, ou à rejeição do entendimento que esse órgão tem da Carta.

No caso do *Timor oriental*, o Juiz Skubiszewski teve ocasião de lembrar que

> *'A Corte é competente, conforme demonstram diversos acórdãos e pareceres consultivos, para interpretar e aplicar as resoluções da Organização. Ela é competente para pronunciar-se sobre sua legalidade, e sobretudo sobre a questão de saber se são* intra vires. *Esta competência decorre da função da Corte enquanto órgão judiciário principal da Organização das Nações Unidas. As decisões da Organização (no sentido amplo que esta noção comporta em virtude das disposições da Carta relativas ao voto) podem ser examinadas pela Corte quanto a sua legalidade, validade e efeito. As conclusões da Corte sobre tais matérias envolvem interesses de todos os Estados membros, ou ao menos daqueles a que as resoluções se dirigem. Mas essas conclusões permanecem dentro dos limites fixados pela regra enunciada no caso do Ouro monetário. Avaliando as diversas resoluções das Nações Unidas sobre o Timor Oriental quanto aos direitos e deveres da Austrália, a Corte não afrontaria o princípio da base consensual de sua competência'* (C.I.J., *Recueil* 1995, p. 251).

No passado, juízes ponderados como Sir Gerald Fitzmaurice afirmaram essa competência. Neste mesmo sentido se orientava a autoridade da doutrina. Já há alguns anos ressaltava o Professor Oliver Lissitzyn:

> *'Se a Organização quer afirmar sua autoridade, é preciso identificar em algum lugar, de preferência em um órgão judiciário, o poder de assegurar interpretações vinculantes da Carta, ao menos nos temas que dizem respeito aos direitos e obrigações dos Estados. É preciso proteger os propósitos e políticas de longo prazo enunciadas na Carta contra*

*eventuais aberrações imediatistas de órgãos políticos. O poder sem o direito é despotismo'* (O. J. Lissitzyn, *The International Court of Justice*, 1951, p. 96-97).

A tese segundo a qual a interpretação da Carta por um órgão político só se submete ao controle judiciário no exercício da competência consultiva não tem qualquer fundamento científico. O que é verdade é que o sistema não autoriza Estado algum a consultar a Corte sobre questão constitucional envolvendo as Nações Unidas, ou a levantar essa questão por meio de ação direta contra a Organização ou contra um órgão como o Conselho de Segurança. Mas a questão constitucional — relativa, por exemplo, a um caso de excesso de poder — pode perfeitamente colocar-se no contexto do contencioso entre Estados. Num quadro como esse, é natural que a demanda se dirija contra o Estado que, por qualquer razão, tenha assumido a responsabilidade de executar o ato do Conselho, embora contestado, esse ato, à luz da Carta ou de qualquer norma de direito internacional geral. O sujeito passivo da ação não é, portanto, o *legislador*, mas o *executor* imediato da lei. Assim ocorre, em regra, no âmbito das jurisdições internas, no procedimento do *habeas corpus* e nas ações civis para proteger direitos outros que as liberdades individuais.

A Corte tem óbvia competência para a interpretação e aplicação do direito num caso contencioso, ainda que o exercício dessa competência possa levá-la ao exame crítico de decisão de outro órgão das Nações Unidas. A Corte não representa diretamente os Estados membros da Organização (este fato nos foi lembrado, e dele se tentou deduzir a incompetência da Corte para examinar as resoluções do Conselho). Mas é justamente sua impermeabilidade à injunção política que faz dela a intérprete por excelência do direito e o foro natural da revisão, em nome do direito, dos atos dos órgãos políticos, como é de rigor nos regimes democráticos. Com efeito, seria surpreendente que o Conselho de Segurança tivesse poder absoluto e incontestável no tocante à regra de direito, privilégio de que não gozam, nas ordens jurídicas internas, os órgãos políticos da maioria dos Estados fundadores da Organização, a começar pelos requeridos [Reino Unido e Estados Unidos da América].

É aos Estados membros das Nações Unidas, no âmbito da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança, que pertence o poder de legislar, de mudar, caso assim queiram, as regras que presidem o funcionamento da Organização. No exercício da função legislativa, têm eles a faculdade de deliberar, por exemplo, que a Organização pode *prescindir de um órgão judiciário*, ou que este, contrariamente aos modelos nacionais, *não é o intérprete último da ordem jurídica* da Organização quando se levanta o problema da validade de decisão de outro órgão do sistema. Até onde se sabe, os Estados membros nunca cogitaram de tomar tal caminho. Creio, por isso, que a Corte não deveria ser tímida na afirmação de uma prerrogativa que é sua, por força do que se presume ser a vontade das Nações Unidas".

**158. A organização frente a Estados não membros.** Há na Carta da ONU certas normas cuja essência se resume numa espécie de convite, ou de franquia de benefícios e serviços a Estados não membros: participação sem voto nos debates do Conselho de Segurança, prerrogativa de chamar a atenção do Conselho para determinada controvérsia, possibilidade de adesão simples ao Estatuto da Corte Internacional de Justiça etc. Tanto quanto a abertura do tratado institucional à adesão de terceiros, e por igual motivo, tais disposições, não mais pretendendo que franquear direitos passíveis de aceitação ou de recusa, possuem valor jurídico incontestável. É igualmente certo que a organização tem o direito de pôr termo a qualquer dessas aberturas, a todo momento. O problema cresce em complexidade quando se trata de saber se o tratado institucional pode gerar *obrigações* para Estados não contratantes. O Pacto da SDN improvisava uma primeira investida nesse sentido, mas foi o art. 2, § 6, da Carta das Nações Unidas que suscitou maior polêmica:

> "A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas procedam de conformidade com estes princípios na medida necessária à manutenção da paz e da segurança internacionais".

A circunstância de possuir a ONU uma "personalidade internacional objetiva" — que não falta, aliás, às outras organizações internacionais — não faz, por si só, que ela possa entender-se oponível a Estados que não manifestaram seu consentimento em relação ao vínculo institucional. Pode-se, em última análise, interpretar esse parágrafo não como gerador de obrigações para terceiros, mas como continente de um propósito que a organização proclama em face de si mesma e cujos destinatários são seus integrantes ("*A Organização fará com que* ..."). A teoria do "conjunto suficientemente representativo dos interesses gerais" não convence a ponto de justificar a imposição de deveres a terceiros, visto que o princípio da prevalência da vontade

majoritária sobre as minorias, válido nos ordenamentos internos, carece de consistência no âmbito interestatal. Mesmo porque pode a minoria numérica dispor de larga capacidade defensiva — realidade sempre presente enquanto a República Popular da China esteve à margem do quadro das Nações Unidas. Em abstrato, a imposição do tratado institucional a terceiro é mera via de fato, condicionada à potência da organização, à conjunção favorável das forças políticas no seu contexto, e finalmente à debilidade do Estado que faça objeto da pretendida coação.

No princípio de agosto de 1964 uma proposta dos Estados Unidos no Conselho de Segurança, aprovada pela União Soviética, e destinada a convidar um representante do Vietnã do Norte aos debates do Conselho, foi bruscamente rejeitada por esse país. Em 20 de agosto o governo de Hanói fazia saber ao Conselho que "tal organização não tinha autoridade para intervir na crise do golfo de Tonkin nem na guerra civil do Vietnam do Sul"[4].

**159. Sede da organização.** Carentes de base territorial, as organizações internacionais precisam de que um Estado faculte a instalação física de seus órgãos em algum ponto do seu território. Essa franquia pressupõe sempre a celebração de um tratado bilateral entre a organização e o Estado, a que se dá o nome de *acordo de sede*. A Liga dos Estados Árabes, fundada em 1945, fixou sua sede no Cairo, mediante acordo com o Egito. Não é raro, porém, que uma organização disponha de mais de uma sede, ou faça variar a instalação de alguns de seus órgãos.

A ONU celebrou acordos dessa espécie não só com os Estados Unidos, à conta de sua sede principal, em Nova York, mas ainda com a Suíça e com os Países Baixos, por causa do escritório em Genebra — sede europeia da organização — e da Corte Internacional de Justiça, instalada na Haia. Nas organizações do continente americano — a OEA, a ODECA — observa-se a fixação de sede permanente para o órgão executivo ou a secretaria, e a previsão da mobilidade dos demais órgãos.

---

4. Crônicas da época: *AFDI* e *RGDIP*.

É compreensível que as organizações, via de regra, fixem sede no território de Estados-membros. Mas isso não constitui um imperativo teórico, nem uma prática uniforme. A Sociedade das Nações — primeira manifestação segura do fenômeno organizacional — instalou sua sede em Genebra, negociando, pois, o respectivo acordo com um Estado estranho ao seu quadro de fundadores.

O acordo de sede costuma impor ao Estado obrigações pertinentes não apenas aos privilégios garantidos à organização copactuante, mas ainda àqueles que devem cobrir os representantes de outros Estados *na* organização (delegados à assembleia geral, membros de um conselho) e *junto à* organização[5].

Um pedido israelense de fechamento do escritório da Organização para a Libertação da Palestina em Genebra foi rejeitado, em 1978, pelo Conselho Federal Suíço, que invocou, a propósito, suas obrigações resultantes do acordo de sede firmado com a ONU em 1946. O escritório da OLP fora aberto em 1975, a pedido das Nações Unidas, cuja Assembleia Geral havia decidido convidar a entidade a participar, com o estatuto de observador, de conferências e demais trabalhos promovidos pela organização[6].

Em ocasiões diversas, perto da virada do século, a ONU teve seus trabalhos perturbados pela atitude de autoridades norte-americanas — até mesmo da prefeitura de Nova York — que supunham, erroneamente, ter o direito de controlar o acesso de representantes de determinadas nações à cidade e, consequentemente, à sede da organização.

**160. Representação, garantias, imunidade.** A organização não goza de privilégios apenas no seu lugar de sede. Ela tem o direito de fazer-se representar tanto no território de Estados-membros quanto no de Estados estranhos ao seu quadro, mas que com ela pretendam relacionar-se desse modo. Seus representantes exteriores, em ambos os casos, serão integrantes da secretaria

---

5. Cf., quanto a essa distinção, Michael Hardy, *Modern diplomatic law*, Manchester University Press, 1968, p. 97 e 55.

6. Cf. a crônica dos fatos internacionais, de Charles Rousseau; *RGDIP* (1979), v. 83, p. 197-198.

— vale dizer, do quadro de funcionários neutros — e gozarão de privilégios semelhantes àqueles do corpo diplomático de qualquer soberania representada no exterior[7]. Por igual, suas instalações e bens móveis terão a inviolabilidade usual em direito diplomático.

Problema distinto deste dos privilégios estabelecidos pelo direito diplomático (basicamente a Convenção de Viena de 1961) é o da imunidade *da própria organização internacional* à jurisdição brasileira, em feito de natureza trabalhista ou outro. A jurisprudência assentada no Supremo Tribunal Federal desde 1989 (*v.* nesta mesma parte do livro o capítulo I, seção II) somente diz respeito aos Estados estrangeiros, cuja imunidade, no passado, entendia-se resultante de "velha e sólida regra costumeira", na ocasião declarada insubsistente. No caso das organizações internacionais essa imunidade não resultou essencialmente do costume, mas de tratados que a determinam de modo expresso: o próprio tratado coletivo institucional, de que o Brasil seja parte, ou um tratado bilateral específico.

A imunidade da organização, em tais circunstâncias, não pode ser ignorada, mesmo no processo de conhecimento, e ainda que a demanda resulte de uma relação regida pelo direito material brasileiro[8]. É possível que essa situação mude e que um dia, em nome da coerência e de certos interesses sociais merecedores de cuidado, as organizações internacionais acabem por se encontrar em situação idêntica à do Estado estrangeiro ante a Justiça local. Isso reclamará, de todo modo, a revisão e a derrogação de tratados que, enquanto vigentes, devem ser cumpridos com rigor.

---

7. Sobre os deveres do Estado onde atua o funcionário internacional e sobre o direito que tem a organização de protegê-lo, *v*. adiante o § 181.

8. *V*., a propósito, decisão do TRT da 10ª região no Recurso Ordinário 432/2002, relatado pelo juiz Alberto Fontana Pereira.

**LEITURA**

Voto do autor como Juiz da Corte Internacional de Justiça no parecer consultivo sobre a *Imunidade de jurisdição do relator especial da Comissão dos direitos humanos das Nações Unidas,* na Malásia (1999):

"Uma vez estabelecido o alcance exato do pedido de parecer consultivo feito pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Corte examinou os fatos à luz do direito aplicável para concluir que o relator especial se beneficia de imunidade a toda e qualquer jurisdição nacional. Foi com razão que o secretário-geral se pronunciou nesse exato sentido. Seria, a partir daí, inútil para a Corte consagrar-se à questão de saber se o poder de apreciação do secretário-geral é ou não *exclusivo*, e determinar como o Estado territorial deveria proceder, caso contestasse a apreciação do secretário-geral.

Partilho a opinião da maioria sobre tais pontos, insistindo em que o dever que se impõe à Malásia não é simplesmente o de *advertir os tribunais* malaios sobre a conclusão do secretário-geral, mas o de *fazer respeitar a imunidade*.

Esta conclusão não sugere de forma alguma uma conduta incompatível com a independência da justiça (independência que constitui, de resto, o objeto da missão do relator especial). O governo faz respeitar a imunidade se, tendo adotado a conclusão do secretário-geral, emprega os meios de que dispõe perante o poder Judiciário (a ação do procurador ou do advogado-geral na maioria dos países) para fazê-la prevalecer, com o mesmo empenho com que defende suas próprias teses e interesses. Claro, se o poder Judiciário é um poder independente, sempre será possível que, não obstante os esforços do governo, a imunidade seja finalmente recusada pela instância judiciária suprema. Nessa hipótese abstrata, como naquela mais concreta da recusa, pela justiça malaia, de tratar a questão da imunidade *in limine litis*, a responsabilidade internacional da Malásia seria comprometida perante as Nações Unidas por atos de um poder outro que o Executivo. Isso não seria uma situação desconhecida em direito internacional, nem mesmo uma situação rara na história das relações internacionais.

Nada obriga Estados soberanos a fundarem organizações internacionais, e nenhum deles é forçado a continuar membro contra sua vontade. No entanto, a qualidade de membro — mesmo quando se tratasse de uma organização cujos objetivos fossem menos essenciais que aqueles das Nações Unidas, e cujo domínio de ação não fosse tão eminente quanto o dos direitos humanos — requer de cada Estado, em suas relações com a organização e seus agentes, uma atitude ao menos tão construtiva quanto aquela que caracteriza suas relações diplomáticas com os demais Estados".

**161. Finanças da organização.** A receita de toda organização internacional resulta, basicamente, da *cotização* dos Estados-membros. Certas receitas industriais acaso existentes — como o produto da venda de publicações — mal cobrem, em geral, o respectivo custo. As despesas da organização consistem necessariamente na folha de pagamento do pessoal da secretaria, no custeio de manutenção de instalações imobiliárias e equipamentos, e muitas vezes também no custeio de programas exteriores de assistência e financiamento.

No parecer consultivo de 20 de julho de 1962, solicitado pela Assembleia Geral da ONU, a Corte da Haia definiu como *despesas da organização*, a serem custeadas por sua verba orçamentária, as resultantes das operações da Força de Urgência das Nações Unidas em Suez e no Congo, na década de cinquenta. Essas operações haviam sido determinadas por voto majoritário da Assembleia e do Conselho de Segurança, sendo que determinados países membros da organização resistiam à ideia de copatrociná-las financeiramente.

Em regra, as cotizações estatais não são paritárias. Antes, correspondem à *capacidade contributiva* de cada Estado-membro, levada em conta sua pujança econômica. Nas Nações Unidas estabeleceu-se o teto da cota individual em 22% da receita prevista, para evitar que se agigantasse a contribuição norte-americana. Ali os Estados Unidos entram, pois, com 22% da receita. O Japão entra com pouco menos de 20%, seguindo-se — com arredondamento dos números — a Alemanha (9%), a França e o Reino Unido (6%), a Itália (5%), o Canadá (2,8%), a Espanha (2,5%), a China (2%), o México (1,9%), a Coreia (1,8%), os Países Baixos, a Austrália e o Brasil (1,6%), a Suíça, a Bélgica, a Suécia (pouco mais de 1%). A quota da Rússia caiu neste momento para cerca de 0,5%. Todos os demais membros da ONU, cento e setenta, contribuem com somas correspondentes a menos que 1% da receita total, e trinta e quatro deles estancam no piso, que é de 0,01%, embora a modéstia de seus

recursos em confronto com os das demais nações pudesse justificar, no cálculo, uma contribuição ainda menor. O orçamento das Nações Unidas sofreu congelamentos e inúmeros cortes nos últimos anos, e é de cerca de 1,3 bilhão de dólares para o ano 2005. Isso corresponde a bem menos que o orçamento anual de uma universidade norte-americana como a de Minnesota, ou que o do corpo de bombeiros da área metropolitana de Tóquio (1,9 e 1,8 bilhões de dólares anuais, respectivamente).

**162. Admissão de novos membros.** A admissão de novos Estados-membros numa organização internacional, sempre disciplinada pelo ato constitutivo, deve ser estudada em seus três aspectos capitais: abordam-se primeiro as condições prévias do ingresso, vale dizer, os limites de abertura da carta aos Estados não membros; em seguida, o pressuposto fundamental, qual seja a adesão à carta; finalmente, a aceitação dessa adesão pelos Estados-membros, traduzida, na prática corrente, pelo beneplácito do órgão competente para tanto, nos termos do tratado.

a) Os limites de abertura do tratado institucional podem ter caráter meramente geográfico: assim, só um "Estado europeu" poderia pretender ingressar nas comunidades. A Carta da ODECA esteve aberta desde 1951 ao Panamá, única república centro-americana — no sentido dado a essa qualificação pelos Estados da América Central continental — que não foi parte no tratado. A Carta da OEA está aberta à adesão dos "Estados americanos": primitivas dúvidas quanto à compreensão do Canadá, visto que integrante da *Commonwealth*, foram dissipadas após o ingresso de Trinidad-Tobago e de Barbados. Na Liga Árabe a abertura parece ter aspecto geopolítico: todo "Estado árabe" se pode tornar membro da organização, segundo o art. 1º.

O Pacto da Sociedade das Nações esteve aberto a "todo Estado, Domínio ou Colônia que se governe livremente" (*sic*, art. 1, § 2). O México (1931) e depois a Turquia (1932) e a URSS

(1934) vieram a aderir ao Pacto. Na Carta das Nações Unidas a matéria é disciplinada pelo art. 4º: o interessado deve ser um Estado pacífico, que aceite as obrigações impostas pela carta, e que se entenda capaz de cumpri-las e disposto a fazê-lo. Subordina-se a análise destes últimos pressupostos ao juízo da própria organização.

b) A condição fundamental do ingresso é justamente aquela que menos controvérsia pode suscitar: deve o interessado exprimir sua adesão ao tratado institucional. A adesão se presume integral, ou seja, desprovida de reservas, a partir da premissa de que estas não foram facultadas aos pactuantes originários.

Por sua própria natureza, o tratado institucional é refratário à ratificação ou à adesão com reservas. Exceções, a propósito, somente têm ocorrido em circunstâncias atípicas, dada a inocuidade da reserva à substância convencional.

Tal foi o que ocorreu quando da adesão do México ao Pacto da SDN, em 1931, com uma rara e percuciente reserva ao art. 21, no ponto em que o texto, pretendendo referir-se à embrionária organização interamericana, teve a infelicidade de denominá-la "doutrina de Monroe".

c) O beneplácito à adesão, dado pelo órgão competente da entidade, conclui o processo de admissão do novo membro. Esse órgão competente foi na SDN a Assembleia, que por dois terços devia manifestar sua aquiescência. Na União Europeia é o Conselho que, sob parecer da Comissão, deve assentir por unanimidade. A Carta da ONU fala numa decisão da Assembleia Geral "mediante recomendação do Conselho de Segurança". Já a Constituição da OIT distingue entre o candidato que seja membro das Nações Unidas — caso em que lhe basta comunicar sua adesão ao diretor do Escritório Internacional do Trabalho — e o que não o seja: neste último caso, hoje hipotético, a Conferência geral decide sobre a admissão por maioria de dois terços dos delegados presentes, aí compreendidos dois terços dos delegados governa-

mentais presentes e votantes. O Pacto da Liga Árabe prescreve a submissão do pedido ao Conselho sem nada adiantar sobre o *quorum*, permitindo supor que o veto seja praticável.

A última década do século XX foi marcada por expressivo número de admissões no quadro das Nações Unidas. Eram, de um lado, os últimos remanescentes coloniais que acederam à condição de Estados independentes, e, de outro, as soberanias resultantes de desmembramentos ocorridos na Europa.

**163. Sanções.** A falta aos deveres resultantes de sua qualidade de membro de uma organização internacional pode trazer ao Estado consequências peculiares, quais sejam as sanções previstas pelo tratado constitutivo e aplicáveis pela própria organização, mediante voto num de seus órgãos. Essas assumem, usualmente, duas formas: a suspensão de determinados direitos e a exclusão do quadro.

a) Em seu art. 5 a Carta das Nações Unidas se refere ao Estado contra o qual tenha sido empreendida ação preventiva ou coercitiva pelo Conselho de Segurança, sujeitando-o à suspensão do exercício dos direitos e privilégios resultantes da condição de membro, pena pronunciada pela Assembleia Geral mediante recomendação do Conselho. Já o art. 19 exclui da votação em Assembleia Geral o Estado em atraso no pagamento de sua cota relativa à receita da organização, "se o total de seu débito igualar ou exceder a soma das contribuições correspondentes aos dois anos anteriores completos". A Assembleia pode, não obstante, autorizar a participação no voto quando reconheça justa causa para o atraso. A Constituição da OIT retoma as linhas gerais da Carta de São Francisco.

Em 21 de maio de 1968 o Haiti era avisado de que perderia seu direito de voto, nos termos do art. 19, caso permanecesse em atraso no pagamento de sua quota (US$ 22,400). Foi essa a primeira vez em que a ONU se animou a pronunciar tal sorte de advertência. Segundo Reuter, as sanções previstas pelo art. 19 poderiam

ter atingido dezesseis Estados membros das Nações Unidas na primavera de 1965. Mas, para tanto, era necessária a difícil "conjunção favorável das forças políticas"[9]. Uma proposta dos Estados Unidos visando à aplicação do art. 19 à União Soviética, então distante da pontualidade na solução de seus débitos, foi prudentemente retirada em 16 de agosto daquele ano.

Nos últimos dias de seu mandato, em dezembro de 1991, o secretário-geral Perez de Cuellar revelou que somente 64 dentre os 159 membros da ONU estavam em dia com suas obrigações financeiras. O total de débitos em atraso era de 524 milhões de dólares — dos quais 485 milhões eram então devidos pelos Estados Unidos da América. O problema subsiste nos anos recentes, mas em proporções menos graves. Nos primeiros anos do século o montante das contribuições em mora era da ordem de 222 milhões de dólares.

b) O Estado membro das Nações Unidas que "viole persistentemente os princípios contidos na presente Carta, poderá ser expulso da Organização pela Assembleia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança" (art. 6). Atentando ao sistema pelo qual este último órgão formula suas recomendações, verifica-se que a expulsão, tanto quanto a suspensão prevista no art. 5, não será jamais praticável contra qualquer dos cinco membros permanentes, titulares da prerrogativa do veto. O velho Pacto da SDN não abrigava aberração semelhante. Segundo os termos do seu art. 16, § 4, a exclusão era pronunciada por todos os membros do Conselho, exceto o próprio Estado em causa. Este último sistema é consagrado pela Carta da Liga Árabe. Em ambos os casos, o fato suscetível de provocar a exclusão do Estado-membro é a falta aos compromissos decorrentes da qualidade de membro da organização.

A única exclusão pronunciada pelo Conselho da SDN foi a da União Soviética, em 1939, após ato de agressão contra a Finlândia. A Carta de Bogotá não se refere à perspectiva da exclusão de membros. Não obstante, em 14 de fevereiro de 1962 a organização expulsou oficialmente do seu quadro a república de Cuba,

---

9. Paul Reuter, *Institutions internationales*, Paris, PUF, p. 253.

Estado “incompatível com o sistema interamericano”, dando sequência à resolução da Conferência dos ministros das Relações Exteriores, tomada sob proposta do delegado norte-americano Dean Rusk[10].

**164. Retirada de Estados-membros.** Dois elementos costumam condicionar a retirada voluntária do Estado-membro no quadro das organizações cujos textos fundamentais prevêem a eventualidade da denúncia. Tem-se, em primeiro lugar, o pré-aviso: um lapso de tempo deve mediar entre a manifestação de vontade do Estado retirante e o rompimento efetivo do vínculo jurídico decorrente da sua condição de parte no tratado. O prazo de dois anos, previsto pelo art. 1, § 3, do Pacto da SDN, vale atualmente no sistema da OIT e no da OEA, entendendo esta última como termo inicial a data do recebimento da denúncia pela Secretaria Geral. O segundo requisito costuma ser a atualização de contas (OEA, OIT). A constituição desta última exige simplesmente que o Estado que se afasta tenha colocado em dia suas obrigações financeiras para com a entidade[11]. Deixa claro, por outro lado, que a denúncia do tratado-base não prejudica a validade dos compromissos inerentes às convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Estado enquanto membro da organização.

A história da Sociedade das Nações registrou a retirada do Brasil em 1926, a do Japão e a da Alemanha em 1933, a da Itália em 1937. Em 21 de janeiro de 1965, numa carta endereçada ao secretário-geral das Nações Unidas, o governo da Indonésia participava formalmente seu afastamento da organização. Nada constando na

---

10. Muito tempo mais tarde ganharia terreno na OEA a tese de que a expulsão não atingira o Estado cubano, mas *o governo* do comandante Fidel Castro, ou *o regime* comunista ali instalado. Isso mais parece uma facécia diplomática que um raciocínio juridicamente defensável. A tese colide, ademais, com o exato teor dos episódios de 1962, registrados nos anais da OEA e divulgados, na época, pela imprensa.

11. Esse segundo requisito, onde quer que figure, é supérfluo. Até o último dia de subsistência das suas obrigações, deve o Estado honrá-las todas, aí incluídas, naturalmente, as que importem contribuições financeiras.

carta sobre semelhante hipótese, o secretário-geral consultava nos dias seguintes numerosas delegações a fim de saber o que deveria ser feito em tais circunstâncias. Iniciativa sem êxito. Do ponto de vista das Nações Unidas, uma situação jurídica inominada e indefinida iria perdurar até 28 de setembro de 1966, data em que os delegados da Indonésia retomaram seus assentos na Assembleia Geral, como se nada houvesse ocorrido.

A Organização dos Estados Americanos viu deixar seu quadro a república da Bolívia, ressentida após um conflito sobre limites com o Chile. Ela voltaria ao cabo de dois anos de ausência, em 29 de dezembro de 1964. Os Estados Unidos deixaram a OIT em 1977, alegando inconformismo com a politização da entidade. Igual argumento utilizariam em 1984 para deixar a UNESCO. Voltaram depois às duas organizações, em 1980 e em 2003, respectivamente.

## Seção II — ESPÉCIES

**165. Alcance e domínio temático.** Numa classificação experimental e casuística levaríamos em conta o alcance — universal ou regional — de cada organização, bem assim seu domínio de atividade. Entenderíamos como organização de alcance universal toda aquela vocacionada para acolher o maior número possível de Estados, sem restrição de índole geográfica, cultural, econômica ou outra. No tocante ao domínio, também reduziríamos as organizações a duas categorias apenas: as de vocação política — assim vistas aquelas que se consagram sobretudo à preservação da paz e da segurança, embora cuidem, ancilarmente, de outros propósitos — e as de vocação específica: sob esta segunda rubrica lançaríamos as organizações votadas primordialmente a um fim econômico, financeiro, cultural, ou estritamente técnico.

**166. Alcance universal, domínio político: a SDN e a ONU**. Primeiro na Sociedade das Nações (1919-1939), depois na Organização das Nações Unidas (1945), somaram-se o alcance universal — a propensão congênita a congregar, um dia, a generalidade dos Estados soberanos, como hoje a ONU de fato

congrega — e a finalidade política. No âmbito da ONU, como no de sua antecessora, a cooperação econômica, cultural e científica são propósitos periféricos. Seu objetivo precípuo — frustrado, para a SDN, com a eclosão da segunda grande guerra — é preservar a paz entre as nações, fomentando a solução pacífica de conflitos e proporcionando meios idôneos de segurança coletiva.

A Sociedade — ou Liga — das Nações foi instituída pelo Tratado de Versalhes, em 1919. Teve sede em Genebra (portanto, no território de país não membro, a Suíça). Seus órgãos foram uma Assembleia Geral, uma Secretaria e um Conselho — onde se projetou que haveria quatro membros permanentes, com direito de veto, e quatro temporários, eleitos bienalmente pela Assembleia. Na realidade só três assentos permanentes foram ocupados (França, Grã-Bretanha, Itália), visto que nos Estados Unidos o presidente Woodrow Wilson — um dos principais idealizadores da Sociedade — não conseguiu a aprovação do Senado para ratificar o pacto constitutivo. A SDN ruiu, de fato, em setembro de 1939, quando teve início a segunda grande guerra. As providências relativas à sua extinção formal seriam tomadas algum tempo mais tarde (1946-1947).

A Organização das Nações Unidas foi planejada nos encontros aliados de Dumbarton Oaks (1944) e de Yalta, este último reunindo, em fevereiro de 1945, o líder soviético Josef Stalin, o primeiro-ministro britânico Winston Churchill e o presidente americano Franklin Roosevelt. Sua carta constitutiva foi negociada na conferência de São Francisco da Califórnia, entre abril e junho de 1945. Três anos mais tarde seus membros eram cinquenta. Hoje esse número é de 191: ali se encontram todas as soberanias formais do mundo contemporâneo, após o ingresso de Timor-Leste e da Suíça em 2002. As línguas oficiais da ONU são o árabe, o chinês, o espanhol, o francês, o inglês e o russo, embora apenas o espanhol, o francês e o inglês se empreguem como idiomas de trabalho no cotidiano da organização.

A Carta de São Francisco descreveu seis órgãos como sendo os principais da ONU, embora um deles — o Conselho de Tutela — devesse encerrar seus trabalhos quando do acesso à independência dos derradeiros territórios sob administração alheia, o que ocorreu em 1994. Os outros são a Assembleia Geral (que realiza sessões anuais, a partir de setembro, e onde todos os Estados-membros têm voz e voto), o Conselho de Segurança, a Secretaria, o Conselho Econômico e Social e a Corte Internacional de Justiça. O Conselho de Segurança tem quinze membros, sendo cinco permanentes (China, Estados Unidos, França, Reino Unido, Rússia) e dez temporários, eleitos pela Assembleia com mandato de dois anos (o Brasil foi eleito para o biênio 1998-1999, e de novo para o biênio 2004-2005). No Conselho,

as decisões de índole processual são tomadas por nove votos, no mínimo. Quando se cuida de decisões substantivas — as de real importância —, impõe-se que entre os nove votos mínimos favoráveis estejam os cinco dos membros permanentes: isto é o que faz dizer que cada um deles tem poder de *veto*, porque habilitado a obstruir a decisão por sua singular manifestação negativa[12]. O Conselho Econômico e Social tem cinquenta e quatro membros, todos temporários, elegendo-se a cada ano um grupo de dezoito para um mandato trienal. A Secretaria tem como chefe o secretário-geral das Nações Unidas, eleito pela Assembleia mediante recomendação do Conselho de Segurança, para um mandato de cinco anos, renovável uma só vez, e não podendo dar-se a sucessão por pessoa de igual nacionalidade (foram secretários-gerais da ONU o norueguês Trygve Lie, da fundação a 1953; o sueco Dag Hammarskjöld, de 1953 a 1961; o birmanês U Thant, de 1961 a 1971; o austríaco Kurt Waldheim, de 1971 a 1981; o peruano Javier Perez de Cuellar, de 1981 a 1991; o egípcio Butros Ghali, de 1991 a 1996. O secretário-geral desde 1º de janeiro de 1997 é o ganense Kofi Annan).

**167. Alcance universal, domínio específico.** Nesta categoria inscrevem-se as chamadas "agências especializadas" da ONU, que na realidade são organizações internacionais distintas, dotada cada uma delas de personalidade jurídica própria em direito das gentes. Sua gravitação em torno das Nações Unidas resulta de uma circunstância de fato: os Estados-membros são praticamente os mesmos, e não há inconveniente em que, reunidos no foro principal, que é a ONU, ali estabeleçam diretrizes de ação para as organizações especializadas. Exemplos destacados de organizações desta índole são a OIT (Organização Internacional do Trabalho, fundada em 1919 e sediada em Genebra), a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, fundada em 1946 e sediada em Paris), e a FAO (Organização para a Alimentação e a Agricultura, fundada em 1945 e sediada em Roma). Outros exemplos são o Fundo Monetário Internacional (FMI — 1945), a Organização da Avia-

12. Por volta do sexagésimo aniversário da ONU e de seu Conselho de Segurança, duzentos e cinquenta e seis projetos de decisões haviam-se frustrado por causa de vetos (18 da França, 5 da China, 32 da Grã-Bretanha, 79 dos Estados Unidos e 122 da Rússia).

ção Civil Internacional (OACI — 1947), a Organização Mundial de Saúde (OMS — 1948) e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD — 1946), também chamado de Banco Mundial.

A Organização Mundial do Comércio foi instituída por tratado de 15 de dezembro de 1993, concluído no âmbito do GATT, para ser o "quadro institucional comum" das relações comerciais entre seus membros. Seus princípios orientadores são os que desde 1947 vinham prevalecendo no âmbito do GATT: o da não discriminação e o do desarmamento alfandegário. O primeiro se manifesta na cláusula de nação mais favorecida, que povoa desde então os acordos bilaterais de comércio, e que, em linhas muito gerais, garante que cada Estado assegure aos demais o melhor tratamento comercial que já lhe tenha sido possível dar, em iguais circunstâncias, a um determinado Estado com que comercie. Mas é também do princípio da não discriminação que resultam o da reciprocidade (que autoriza a ideia das concessões mediante contrapartida) e o do tratamento nacional (que previne uma política comercial desfavorável ao produto importado). O segundo, o do desarmamento alfandegário, visa a favorecer a liberdade de comércio impedindo que as barreiras aduaneiras sejam um fator de frustração e desaquecimento. É evidente que esses princípios convivem com cláusulas de salvaguarda, que autorizam em caráter excepcional certas medidas restritivas; e ainda com temperamentos próprios para legitimar, por exemplo, o tratamento privilegiado que se concedem os Estados envolvidos num processo regional de integração, qual o Mercosul, ou o tratamento também especial que, sem contrapartida, pode ser concedido por países de maior vitalidade econômica a países em desenvolvimento (aquilo que, já no início dos anos sessenta, Claude Albert Colliard chamava de "igualdade ponderada" ou "desigualdade compensadora").

A OMC oferece hoje mecanismos de solução de controvérsias comerciais bem mais complexos que os antigos painéis do GATT, que entretanto subsistem como uma etapa entre o entendimento direto e o possível exame de recurso pelo Órgão de solução de controvérsias, cuja decisão é obrigatória para as partes.

**168. Alcance regional, domínio político.** Nesta categoria encontramos aquelas organizações que retomam, em escala regional, os objetivos da ONU: assim a Organização dos Estados Americanos (OEA — 1951), a Liga dos Estados Árabes (LEA — 1945), a Organização da Unidade Africana (OUA — 1963).

Todas têm como vocação principal a manutenção da paz *entre seus próprios membros*.

Aqui se poderiam ainda contar, outrora, aquelas organizações regionais cuja finalidade política teve também por tônica a segurança, mas que assentaram sobre a premissa da perfeita solidariedade entre seus Estados-membros e se votaram, em última análise, à defesa contra aquilo que lhes parecia um risco exterior potencial: tal o caso da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN ou NATO — 1949) e de sua réplica socialista, a Organização do Pacto de Varsóvia (1955). Finda a guerra fria e reformados os regimes políticos do Leste europeu, foi extinto o Pacto de Varsóvia em 1991.

A OTAN sobreviveu e, perdido seu primitivo propósito, não assumiu formalmente nenhum outro. Esteve mobilizada durante a guerra do Golfo em 1991. Realizou depois manobras militares de rotina. Pretendeu patrocinar, no início de 1992, um empreendimento coletivo de apoio econômico às repúblicas sucessoras da União Soviética. No primeiro semestre de 1999, numa campanha encabeçada pelos Estados Unidos e pelo Reino Unido, com o apoio militar de alguns dos seus outros membros, a OTAN bombardeou intensamente a Iugoslávia em nome dos direitos humanos de minorias étnicas locais, destacadamente no Kosovo. A aventura fez mais vítimas civis que militares, muitas delas integrantes das minorias alegadamente protegidas. As instalações atingidas foram, em grande parte, daquelas que as Convenções de Genebra mandam poupar. Terminada a empresa, seus resultados mostraram um mérito mais que duvidoso. Acima de tudo a OTAN chamou a si, sem explicar de onde lhe vinha legitimidade para tanto, uma competência que é das Nações Unidas. Não foi pequena a extensão do desgaste que o episódio representou para a imagem da ONU, para sua credibilidade, para seu futuro.

**169. Alcance regional, domínio específico.** Nesta classe figuram as organizações regionais de cooperação e integração econômicas, como a União Europeia (1992) e suas precursoras na Europa comunitária: a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA — 1952) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA — 1957); a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI — 1981), o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA — 1994) e o Mercosul (1995). Esta é, ainda, a categoria em que se podem classificar instituições como a Organização dos Países Exportadores de Petróleo — a OPEP, criada em 1960 e sediada em Viena.

A lembrança da OPEP faz ver que o conceito de região aqui adotado não tem natureza estritamente geográfica: cuida-se, antes, neste exato caso, de uma região econômica, integrada pelos países que produzem petróleo bastante para poder exportá-lo (e que tanto podem encontrar-se na Ásia como na América Latina). A Liga dos Estados Árabes, mencionada no parágrafo anterior, é uma organização política de alcance regional — agora no sentido de região cultural, cuja unidade se apoia sobretudo no idioma, visto que seus membros se estendem geograficamente do leste da África a um ponto avançado da Ásia, compreendendo raças arianas e negras, entre outras.

Com o Protocolo de Ouro Preto, vigente desde 1995, o Mercosul tornou-se uma organização internacional, também regional e de domínio específico. De início, um tratado sem natureza institucional foi firmado em Assunção em 26 de março de 1991, vigendo no mesmo ano. Com ele, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai instauraram o processo de criação de um mercado comum, ampliados assim o alcance e os objetivos do que fora originalmente um projeto argentino-brasileiro. O Mercosul não foi desde logo dotado de personalidade jurídica própria, isto em função de uma política exemplarmente sóbria com que seus quatro fundadores quiseram evitar todo aparato precoce e todo dispêndio de discutível necessidade. O Protocolo de Brasília, de dezembro de 1991, disciplinou a solução de controvérsias, sem criar qualquer órgão judiciário para o Mercosul: quando as discórdias não se resolvessem por entendimento direto, ou no âmbito deliberativo do próprio grupo, recorrer-se-ia à arbitragem. Nos primeiros dez anos não foi grande o número de controvérsias cuja solução pediu mais que o simples entendimento direto. Não obstante, o Protocolo de Olivos, vigente desde janeiro de 2004, criou um Tribunal Permanente de Revisão: uma instância de recurso das decisões arbitrais *ad hoc* do Protocolo de Brasília[13]. O Protocolo de Ouro Preto já havia dado ao Mercosul personalidade jurídica e determinado em definitivo sua estrutura institucional: um conselho, um grupo executivo, algumas comissões especiais, uma secretaria. Nos órgãos colegiados a presença de todos os Estados-membros, e um sistema deliberativo fundado na unanimidade por via de consenso.

O Mercosul está em vias de superar a fase da zona de livre comércio (supressão das barreiras alfandegárias em cada país para bens e serviços originários dos demais sócios), tornando-se, em pouco tempo mais, uma perfeita união aduaneira (quando consumada a tarifa externa comum). Seu objetivo vai além, e em algum tempo mais essa organização regional poderá configurar um mercado comum, onde o planejamento da economia seja feito pelo grupo — que conserva seus quatro fundadores como membros a título pleno, mas recebeu já como associados (com participação diferenciada) o Chile e a Bolívia.

---

13. O sistema não é diretamente acessível aos particulares, que devem formalizar suas reclamações perante a respectiva seção nacional do grupo executivo.

# Capítulo III

# RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

**170. Conceito.** O Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o direito internacional deve ao Estado a que tal ato tenha causado dano uma reparação adequada. É essa, em linhas simples, a ideia da responsabilidade internacional. Cuida-se de uma relação entre sujeitos de direito das gentes: tanto vale dizer que, apesar de deduzido em linguagem tradicional, com mera referência a Estados, o conceito se aplica igualmente às organizações internacionais. Uma organização pode, com efeito, incidir em conduta internacionalmente ilícita, arcando assim com sua responsabilidade perante aquela outra pessoa jurídica de direito das gentes que tenha sofrido o dano; e pode, por igual, figurar a vítima do ilícito, tendo neste caso direito a uma reparação.

Mediador das Nações Unidas na Palestina, o conde sueco Folke Bernadotte é assassinado em Jerusalém, em 17 de setembro de 1948. Com ele morre o coronel André Sérot, chefe dos observadores franceses, e vários outros agentes da organização sofrem danos em razão dos quais ela acabaria por indenizar as vítimas ou seus sucessores. Para que a ONU obtenha do governo responsável pelos acontecimentos uma reparação apropriada a Assembleia Geral, mediante resolução de 3 de dezembro de 1948, pede à Corte Internacional de Justiça um parecer consultivo sobre as questões seguintes:

"I — Quando um agente das Nações Unidas sofre, no exercício de suas funções, um dano, em circunstâncias que comprometam a responsabilidade de um Estado, a ONU tem qualidade para apresentar contra o governo *de jure* ou *de facto* responsável uma reclamação a fim de obter a reparação dos danos causados (a) às Nações Unidas, (b) à vítima ou a seus sucessores? II — Em caso de resposta afir-

mativa sobre o ponto I-b, como a ação da ONU deve conciliar-se com os direitos que o Estado de que a vítima é nacional poderia ter?"[1]. A Corte, em parecer consultivo de 11 de abril de 1949, deixa claro que em semelhante hipótese a própria organização sofre um dano em seus serviços, e à conta desse dano — que não se confunde com aqueles causados diretamente às vítimas e a seus sucessores — tem direito a uma reparação adequada. Transparece do texto a convicção de que, por igual, a organização, titular que é de personalidade jurídica distinta das de seus Estados componentes, pode acaso ser autora de um ilícito e sofrer as respectivas consequências. A responsabilidade internacional, assim, pode envolver organizações internacionais tanto como autoras quanto como vítimas do ato ilícito segundo o direito das gentes.

**171. Fundamento.** Não se investiga, para afirmar a responsabilidade do Estado ou da organização internacional por um ato ilícito, a *culpa subjetiva*: é bastante que tenha havido afronta a uma norma de direito das gentes, e que daí tenha resultado dano para outro Estado ou organização. Muitos são os casos em que a falta consiste apenas na insuficiência de zelo ou diligência no tocante à preservação da ordem pública (daí resultando injúria sobre pessoas ou bens estrangeiros), ou à garantia de segurança em áreas pelas quais o Estado é responsável, como seu mar territorial. Igualmente certo, contudo, é que não se admite em direito das gentes uma responsabilidade *objetiva*, independente da verificação de qualquer procedimento faltoso, exceto em casos especiais e tópicos, disciplinados por convenções recentes.

Assim as atividades nucleares de índole pacífica, bem como as atividades espaciais, embora perfeitamente lícitas, podem causar danos que o Estado responsável deva reparar. Seria, entretanto, mais apropriado entender que neste caso a responsabilidade resulta não dos empreendimentos espaciais ou nucleares, lícitos em si mesmos, mas da recusa de compensar espontânea e imediatamente os danos causados a outrem.

---

1. *Recueil CIJ* (1949), p. 175.

## Seção I — ELEMENTOS ESSENCIAIS

**172. O ato ilícito.** A responsabilidade de uma pessoa jurídica de direito internacional público — Estado ou organização — resulta necessariamente de uma conduta ilícita, tomando-se aquele direito (e não o direito interno) como ponto de referência. Assim, não há escusa para o ato internacionalmente ilícito no argumento de sua licitude ante a ordem jurídica local. Impõe-se de todo modo, para a caracterização do ilícito que ora nos interessa, que ele represente a afronta a uma norma de direito das gentes: um princípio geral, uma regra costumeira, um dispositivo de tratado em vigor, entre outras espécies.

**173. A imputabilidade.** A ação ou omissão caracterizada como ilícita à luz do direito das gentes deve ser imputável a uma pessoa jurídica inscrita nessa mesma ordem, ou seja, a um Estado ou a uma organização internacional. Diz-se *indireta* a responsabilidade quando o Estado responde pelo ilícito provocado por dependência sua (tal era o caso dos territórios sob *tutela* ou *protetorado*), como na hipótese de *associação* (Porto Rico em relação aos Estados Unidos da América), e também nos modelos federativos. Desse modo, a província federada, embora tenha aquilo que chamamos de personalidade jurídica de direito público interno, é inidônea para figurar numa relação internacional: o ilícito que tenha causado será de responsabilidade da soberania a que se subordina.

Direta, por outro lado, é a responsabilidade do Estado pela ação de seus órgãos de qualquer natureza ou nível hierárquico: não está excluída a possibilidade de imputar-se ao Estado o ilícito resultante do exercício de competências legislativas ou judiciárias.

O ilícito internacional em que o Estado incorra pelo desempenho de seu poder Judiciário não significa, obviamente, o simples fato de que o estrangeiro, indivíduo

ou empresa, seja malsucedido na demanda sustentada contra a administração ou contra particular nacional. Configura-se o ilícito nas hipóteses de denegação de justiça, assim arroladas por Clóvis Beviláqua em parecer de 23 de janeiro de 1911: "1. Quando o juiz, sem fundamento legal, repele a petição daquele que recorre à justiça do país para defender ou restaurar o seu direito; 2. Quando, postergando as fórmulas processuais, impede a prova do direito ou a sua defesa; 3. Quando a sentença é, evidentemente, contrária aos princípios universais do direito"[2].

Equivale à denegação de justiça, e põe em causa a responsabilidade internacional do Estado, a decisão resultante do desprezo, por seu poder Judiciário, de normas incontrovertidas do direito internacional positivo, tais como as que consagram as imunidades e a inviolabilidade dos locais diplomáticos e consulares, expressas nas Convenções de Viena de 1961 e 1963[3]. De resto, toda lei nacional conflitante com tratado em vigor representa a evidência de um ilícito internacional. Neste caso, a responsabilidade do Estado resulta da atividade legiferante. A afronta ao tratado — que é, em última análise, uma afronta ao princípio *pacta sunt servanda* — coloca o Estado em situação de ilicitude desde quando entre em vigor a lei com ele conflitante, e até que se revogue tal lei, ou até que produza efeito a denúncia do compromisso internacional pelo Estado faltoso.

A ação hostil de *particulares* não compromete, por si mesma, a responsabilidade internacional do Estado: este incorrerá em ilícito somente quando faltar a seus deveres elementares de *prevenção e repressão*. Se contudo a ordem pública for turbada por acontecimentos próximos de criar clima de guerra civil, o Estado estará eximido de seus deveres normais caso alerte os estrangeiros para sua impossibilidade de preservar a paz social no território ou em parte dele, e para a consequente conveniência de que se retirem.

Não faltavam ao governo do Irã, logo após a derrubada da monarquia e a instituição da república islâmica, os meios necessários ao controle da situação na capital. A Corte da Haia rejeitou o argumento que pretendia exonerar o Estado de responsabilidade na violência de particulares contra a embaixada americana, em

---

2. *Pareceres*, I, p. 115.

3. Sobre a imunidade dos agentes de organizações internacionais: *v. retro* o § 160 e adiante o § 181.

1979. No caso do *pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerã* (Recueil CIJ, 1980, p. 3 e s.) a Corte considerou que, dada a aprovação das autoridades iranianas, "...a ocupação contínua da embaixada e a detenção persistente dos reféns assumiram o caráter de atos do Estado. Os militantes tornaram-se então agentes do Estado iraniano, cuja responsabilidade internacional está comprometida pelos respectivos atos".

O discurso clássico do direito das gentes aludia com frequência ao tema da "proteção dos estrangeiros" ou da necessidade de que se garantisse permanentemente, em toda parte, a quem não fosse cidadão local, uma série de prerrogativas elementares que começavam pela integridade física e terminavam na segurança do patrimônio e dos investimentos. Era comum afirmar que o Estado nunca pode excluir sua responsabilidade pelo dano causado a estrangeiros mediante a simples assertiva de que seus próprios nacionais foram submetidos a igual tratamento. Essa linguagem, própria da época em que inúmeros Estados receptores de pessoas, de empresas e de capitais estrangeiros não primavam pelo culto do direito e pouca dignidade atribuíam aos cidadãos locais, fazia então algum sentido. Não se pretendia, em tese, estabelecer em prol dos estrangeiros uma pauta de privilégios rebuscados, mas apenas poupá-los do tratamento pouco respeitoso e muitas vezes infame que bom número de Estados davam a seus nacionais, num estágio primitivo de desenvolvimento social, e sem grandes pressões exteriores que o incentivassem a mudar de atitude. Hoje, após significativo progresso nos costumes, trazendo consigo o prestígio do princípio democrático, maior respeito pelos valores humanos, e havendo-se instaurado certos mecanismos internacionais de proteção dos direitos do homem e de seu controle, mesmo a distância, pela opinião pública, vai deixando a cena a velha ideia de que o Estado deva uma proteção diferenciada a estrangeiros. O que se lhe exige, na realidade contemporânea, é um tratamento igualitário, uma política não discriminatória entre estrangeiros e nacionais no que concerne ao quadro elementar dos direitos civis.

**174. O dano.** Não há falar em responsabilidade internacional sem que do ato ilícito tenha resultado um *dano* para outra personalidade de direito das gentes. O dano, entretanto, não será necessariamente material, não terá em todos os casos uma expressão econômica. Existem, como veremos, danos imateriais de variada ordem, suscetíveis de justificar, por parte do Estado faltoso, uma reparação também destituída de valor econômico.

Só o Estado vitimado por alguma forma de dano — causado diretamente a si, ao seu território, ao seu patrimônio, aos seus serviços, ou ainda à pessoa ou aos bens de particular que seja seu nacional — tem qualidade para invocar a responsabilidade internacional do Estado faltoso. Assim, no domínio dos tratados, a violação de norma convencional só pode, em princípio, dar origem à reclamação das outras partes, não à de terceiros.

Dentro da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas discutiu-se, nos anos setenta, a ideia de uma distinção entre "crimes internacionais" e "delitos internacionais": os ilícitos da segunda espécie, menos graves, justificariam tão só o protesto da parte prejudicada, ou seja, do Estado ou organização que sofresse efetivo dano; os da primeira espécie, mais graves, poderiam dar causa à reação de qualquer membro da sociedade internacional, independentemente de que tenha sofrido dano direto. Jiménez de Aréchaga assinala o fato sugestivo de que os grandes defensores dessa distinção sustentavam, ao mesmo tempo, a política intervencionista de potências autoinvestidas no encargo de policiar o mundo ou parte dele[4].

É importante lembrar que o só fato do dano não compromete a responsabilidade do Estado se não se puder dizer ilícita sua conduta. Essa análise sempre apresentou problemas e deu origem a um farto contencioso internacional. Jiménez de Aréchaga propõe que, no juízo sobre a licitude ou ilicitude do ato de Es-

---

4. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional contemporáneo*, Madri, Tecnos, 1980, p. 327.

tado, tenha-se presente o princípio geral de direito que proíbe o enriquecimento sem causa, o enriquecimento injusto[5]. Assim, parecerá mais ou menos óbvio que se condene como ilícita a conduta do Estado que traz arbitrariamente aos seus cofres, ou aos de seus nacionais, valores resultantes do confisco ou da expropriação de bens estrangeiros, sem fundamento histórico e contábil (não foi ilícita, por exemplo, a nacionalização da companhia do canal de Suez pelo governo egípcio do presidente Nasser, em 1956). Considere-se, por outro lado, o caso do Estado que proíbe o funcionamento de indústrias poluentes, e com isso causa dano a investimentos estrangeiros. Não se dirá ilícita sua atitude, se nada arrecadou para si com tal opção política: pelo contrário, perdeu em impostos e noutros valores acessórios. O dano econômico imediato foi generalizado, isso não permitindo que se impute ao Estado um ilícito contra qualquer outra soberania.

## Seção II — PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

**175. Teoria geral.** No domínio da responsabilidade internacional, o estudo da proteção diplomática tem merecido destaque desde quando, em função do interesse das antigas potências coloniais, a análise estatística revelou que nas mais das vezes o Estado reclamante — ou, se assim se pode dizer sem especial incômodo, o Estado vítima do ilícito internacional imputável a outra soberania — não pretendia ver-se ressarcido por dano causado diretamente à sua dignidade ou ao seu patrimônio, mas por alegada afronta ao patrimônio privado de um nacional seu — em geral um investidor do hemisfério norte, seduzido pela rentabilidade dos investimentos no hemisfério sul. Recordemos, de início, em sua exatidão imaculada, a primitiva ideia da *pro-*

5. *El derecho internacional*, cit., p. 356.

*teção diplomática* (que não deve ser confundida com outro tópico de nossa disciplina, aquele referente aos privilégios do serviço diplomático). A proteção que agora estudamos nada tem de essencial a ver com a diplomacia. Seu objeto é o particular — indivíduo ou empresa — que, no exterior, seja vítima de um procedimento estatal arbitrário, e que, em desigualdade de condições frente ao governo estrangeiro responsável pelo ilícito que lhe causou dano, pede ao seu Estado de origem que lhe tome as dores, fazendo da reclamação uma autêntica demanda entre personalidades de direito internacional público. O nome *proteção diplomática* deriva, de resto, do mais rudimentar e simples contexto possível, qual seja a situação do peregrino vitimado, em solo estrangeiro, pelo abuso de poder estatal a que não consegue resistir sozinho, e que invoca, dirigindo-se à legação diplomática de sua bandeira, o arrimo da pátria distante. Mas esse molde legal neutro bem cedo se deixaria preencher por uma argamassa de elevado teor político. O particular, objeto da proteção diplomática, vinha a ser cada vez mais a empresa e menos o indivíduo. O ente causador do dano e responsável por sua reparação era, via de regra, um Estado em desenvolvimento, plantado no hemisfério sul, quase sempre na América Latina. Por seu turno o Estado patrial, outorgante da proteção, tendia a estar alinhado entre os exportadores de capital, de tecnologia, e de súditos tanto mais entusiastas do lucro em ritmo de aventura quanto resguardados, pelo providencial mecanismo, dos riscos que com lógica e justiça se presumem inerentes a toda aventura. A doutrina tradicional, sempre solícita às sugestões do seu meio, cuidou de prestigiar quanto possível esse emprego unidirecionado e tendencioso do instituto da proteção diplomática, ao qual, entretanto, a primeira reação de grande vulto produziu-se já em 1868, por meio das proposições de Carlos Calvo, que veremos adiante.

**176. O endosso.** A outorga da proteção diplomática de um Estado a um particular leva o nome de *endosso*: esse ato significa

que o Estado assume a reclamação, fazendo-a sua, e dispondo-se a tratar da matéria junto ao Estado autor do ilícito. O endosso não significa necessariamente que haverá instância judiciária ou arbitral: é sempre possível que uma composição resulte do entendimento direto, ou de outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias entre Estados.

Ao particular — indivíduo ou empresa — é facultado pedir a proteção diplomática de seu Estado patrial, mas não tem ele o *direito* de obtê-la. O Estado, com efeito, é livre para conceder o endosso ou recusá-lo. Tem-se mesmo lembrado, em doutrina, que o Estado, assim como pode recusar a proteção diplomática que um nacional lhe solicita, pode igualmente concedê-la sem pedido algum do particular, e mesmo à revelia deste. Essa tese, reaquecida no contexto da reação europeia à doutrina Calvo, não teve, de todo modo, grande amostragem na prática internacional.

Esta última afirmação refere-se ao contexto das reclamações internacionais de vulto econômico, onde o endosso resultou sempre do pedido — muitas vezes repetido e insistente — do particular lesado ao seu Estado patrial. No quadro dos direitos individuais elementares não é raro que a iniciativa da proteção diplomática prescinda do pedido da vítima: diplomatas e cônsules costumam agir ante a simples notícia de que compatriotas seus se encontram presos arbitrariamente no Estado territorial, sem esperar que estes formalizem um pedido de proteção[6].

Duas são as condições do endosso — noutras palavras, dois são os pressupostos que o Estado deve apurar ocorrentes antes de outorgar a seu nacional a proteção diplomática. É o que veremos agora.

**177. Primeira condição do endosso: a nacionalidade do particular.** É a condição patrial da pessoa física ou jurídica que

6. Sobre a proteção exercida pelos cônsules no quadro do processo penal, *v. retro* o § 95.

permite ao Estado o exercício da proteção diplomática. No caso das pessoas jurídicas, entretanto, a nacionalidade é um elemento carente das raízes sociais e do relevo jurídico que esse vínculo ostenta quando existente entre a pessoa humana e o Estado. Determina-se a nacionalidade das pessoas jurídicas em função da ordem jurídica estatal a que se subordinam, e que resulta, via de regra, do foro de sua constituição.

O aparato formal prevalece, assim, sobre a realidade econômica: no caso da *Barcelona Traction*, a Corte da Haia estimou que a Bélgica não estava qualificada para proteger uma empresa constituída e sediada no Canadá, embora belgas fossem seus acionistas majoritários[7].

Nos indivíduos, o vínculo patrial é mais consistente que aquele das pessoas jurídicas (para as quais o próprio uso do termo *nacionalidade* é mera tradição insinuada pela analogia), mas não deixa de apresentar certos problemas. Sabemos desde logo que, apesar dos esforços reinantes no direito internacional contemporâneo com vistas à eliminação da apatria, ainda hoje existem apátridas em bom número. Para estes, vistos como estrangeiros por todas as soberanias, não há proteção diplomática possível. Dependem eles, no âmbito territorial em que se encontrem, das normas protetivas que lhes consagra o direito local. O direito das gentes busca confortá-los especialmente quando a apatria se soma neles à condição de refugiados. Não é possível, entretanto, que um Estado se veja demandar por outro em razão do dano causado a um apátrida.

**178. Dupla nacionalidade.** Nas hipóteses de dupla ou múltipla nacionalidade, qualquer dos Estados patriais pode proteger o indivíduo contra terceiro Estado. O endosso é, contudo, impos-

---

7. *Recueil CIJ* (1970), p. 5 e s.

sível de dar-se numa reclamação contra um dos Estados patriais: isso resulta, de resto, do princípio da igualdade soberana.

Uma sentença arbitral proferida em 1912, no caso Canevaro, ilustrou corretamente esse princípio[8]. Rafael Canevaro era um binacional nato, italiano *jure sanguinis*, peruano *jure soli*. No Peru entregou-se aos negócios e teve participação na vida pública, a ponto de se haver um dia candidatado a senador. Quando medidas fiscais e expropriatórias do governo peruano alcançaram parte de seu patrimônio, Canevaro pretendeu valer-se da proteção diplomática de uma de suas pátrias — a Itália — contra justamente a outra, o Peru. A sentença arbitral, da lavra de Louis Renault, considerou irreceptível a demanda italiana, por ser o réu um Estado que também contava Canevaro entre seus nacionais. Ficou claro que ambos os vínculos patriais desse homem eram legítimos à luz do direito das gentes: tanto a Itália quanto o Peru poderiam eventualmente endossar alguma reclamação sua contra a Espanha ou o Brasil; nenhum deles, contudo, poderia pretender proteger o nacional comum exatamente contra o outro.

**179. Nacionalidade contínua.** Sabemos que a nacionalidade — ao contrário das impressões digitais, que persistem na pessoa humana ao longo de toda sua vida — pode sofrer mudanças. O mesmo ocorre com a nacionalidade das pessoas jurídicas. Por isso é importante conhecer uma antiga regra costumeira de direito internacional público: para que o endosso seja válido, é preciso que o vínculo patrial entre o Estado reclamante e o particular protegido tenha sido *contínuo*. É preciso que o particular tenha sido um nacional do Estado reclamante no momento em que sofreu dano decorrente de ato ilícito de potência estrangeira, e que, sem qualquer quebra de continuidade, permaneça na condição de nacional desse mesmo Estado quando da reclamação.

**180. Nacionalidade efetiva.** Abusando de sua prerrogativa soberana, o Estado pode conferir sua nacionalidade a pessoa que

---

8. Para um resumo do caso *Canevaro* e referências úteis, *v*. Herbert Briggs, *The law of nations*: *cases, documents and notes*, Nova York, Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 512.

com ele não tenha qualquer vínculo social. Neste caso, é lícito que os demais Estados, e ainda os foros internacionais de qualquer natureza, recusem valor a semelhante vínculo patrial, por falta de *efetividade*. Com efeito, é do entendimento geral que a nacionalidade originária — aquela que a pessoa se vê atribuir quando nasce — deve resultar do *jus soli*, ou do *jus sanguinis*, ou de uma combinação desses dois critérios, acaso associados ao serviço do Estado ou à manifestação de vontade. Já a nacionalidade derivada — aquela que se adquire mediante naturalização — reclama fatores de índole social que lhe dêem consistência: alguns anos de residência no Estado em questão, somados, em geral, ao domínio do idioma, e às vezes reduzidos na extensão, com parcimônia, pela prestação de serviço relevante a esse Estado, ou pelo desempenho de ofício de seu particular interesse, ou pelo casamento com pessoa local. Se nenhum fator social embasa a nacionalidade derivada, o Estado que a concedeu pode perfeitamente prestigiá-la em seu próprio território. Mas não deve esperar que no plano internacional esse vínculo inconsistente seja reconhecido: tal foi a lição da Corte da Haia no julgamento do caso *Nottebohm*.

Alemão de nascimento, Friedrich Nottebohm estabeleceu-se na república da Guatemala em 1905, e ali desenvolveu seus negócios, com sucesso, durante trinta e quatro anos. Ao final da década de trinta pesava sobre seu patrimônio o risco de certas medidas expropriatórias por parte do governo guatemalteco. Impossibilitado de contar, no contexto da guerra, com a proteção alemã, Nottebohm dirigiu-se ao exíguo principado do Liechtenstein. Ali, sumariamente, após havê-lo requerido e pago certas taxas, tornou-se nacional. Anos depois o principado outorgava endosso à sua reclamação, dando entrada na Corte da Haia com um processo contra a Guatemala. A Corte ficou na preliminar, considerando a demanda irreceptível. O acórdão registra: “Não depende nem da lei nem das decisões do Liechtenstein determinar se esse Estado tem direito de exercer sua proteção no caso em exame. Exercer a proteção [diplomática], dirigir-se à Corte, é colocar-se no plano do direito internacional. É o direito internacional que determina se um Estado tem qualidade para exercer a proteção [diplomática] e vir à Corte. A naturalização de Nottebohm foi ato realizado pelo Liechtenstein no exercício de sua competência nacional. Cuida-

-se agora de dizer se esse ato produz o efeito internacional aqui considerado"[9]. Em seguida, havendo examinado as circunstâncias em que o principado concedera sua nacionalidade a Nottebohm, a Corte entendeu que esse vínculo patrial carecia de efetividade, não servindo, portanto, para justificar o endosso. À falta do pressuposto da nacionalidade, a proteção diplomática era indevida: a demanda do Liechtenstein contra a Guatemala não podia ser recebida e examinada no mérito.

**181. Proteção funcional.** No parecer consultivo referente ao caso *Bernadotte* — visto logo no início deste capítulo — a Corte da Haia revelou que não apenas os Estados podem proteger seus nacionais no plano internacional, mas também as organizações internacionais encontram-se habilitadas a semelhante exercício, quando um agente a seu serviço é vítima de ato ilícito. Não há entre o agente e a organização um vínculo de nacionalidade, mas um substitutivo deste para efeito de legitimar o endosso, qual seja o vínculo resultante da função exercida pelo indivíduo no quadro da pessoa jurídica em causa. A essa moderna variante da proteção diplomática dá-se o nome de *proteção funcional*.

Sempre que o servidor da organização sofra dano em serviço, a proteção funcional deve ser preferida à proteção diplomática que poderia dar-lhe seu país de origem, cuja nacionalidade obviamente ele conserva. As razões dessa ideia foram expostas pela Corte da Haia no parecer *Bernadotte*: "Para garantir a independência do agente, e, pois, a ação independente da própria organização, é essencial que o agente, no exercício de suas funções, não precise de contar com outra proteção que não aquela da organização [.....]. Em particular, ele não deve depender de seu próprio Estado. Se tal fosse o caso, sua independência poderia [.....] ver-se comprometida. Enfim, é essencial que o agente — seja ele originário de um Estado forte ou fraco, de um Estado mais ou menos envolvido pelas complicações da vida internacional, de um Estado simpatizante ou não com sua missão — saiba que, no exercício de suas funções, ele [o funcionário internacional] está coberto pela proteção da organização"[10].

9. *Recueil CIJ* (1955), p. 20-21.
10. *Recueil CIJ* (1949), p. 183-184.

Em abril de 1999 a Corte da Haia atendeu a um pedido de parecer consultivo feito pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas sobre *imunidade de jurisdição de um relator especial da Comissão dos direitos do homem*. Essa missão de relatoria havia sido confiada pela ONU ao advogado malaio Param Cumaraswamy, que em entrevista à imprensa britânica comentou criticamente a situação do Judiciário na Malásia. Não há notícia de que se tenha ajuizado alguma ação penal contra o agente da ONU, mas diversos particulares, sobretudo empresas, intentaram ações civis pleiteando, por difamação e dano à imagem, indenizações montantes no total a cerca de 112 milhões de dólares (observe-se que na ONU o salário do próprio secretário-geral, ao longo de um inteiro mandato de cinco anos, não chega a um milhão de dólares...). À Corte não incumbia julgar o procedimento do relator especial que antecipara à imprensa conclusões de seu relatório ainda não apresentado à Comissão dos direitos do homem, mas tão só dizer se, uma vez afirmado pela organização, na voz do secretário-geral, que aquela pessoa era um agente das Nações Unidas, e que se encontrava no desempenho de sua missão quando dos acontecimentos, podia o governo da Malásia abster-se de garantir sua imunidade. Ao cabo de um processo que teve todos os aspectos de um contencioso entre a ONU e seu Estado-membro a Corte estatuiu, no parecer consultivo de 29 de abril de 1999, que o agente em missão das Nações Unidas tinha o benefício da imunidade de jurisdição, sem exclusão do foro civil, e que o governo da Malásia estava obrigado a fazer respeitar essa imunidade.

**182. Segunda condição do endosso: o esgotamento dos recursos internos.** Antes de outorgar o endosso, irá o Estado verificar se seu nacional esgotou previamente os recursos administrativos ou judiciários que lhe eram acessíveis no território do Estado reclamado. Numa grandiloquência ao gosto da época, Hamilton Fish, secretário de Estado norte-americano entre 1869 e 1877, ponderou, todavia, que “nenhum cidadão reclamante, em país estrangeiro, é obrigado a esgotar preliminarmente a justiça quando não há justiça a esgotar”[11]. Na mesma trilha, em linguagem mais sóbria, a doutrina cuidaria de estabelecer que o requisito da exaustão das vias internas pressupõe não só a existência de tais vias, mas também sua acessibilidade, sua eficácia e sua imparcialidade, entre outros valores. Assim, ao reclamar

11. Cf. *Rousseau*, p. 115.

a proteção diplomática do país de origem, provará o interessado que não dispunha de recursos internos no Estado reclamado, que eles eram ilusórios ou inoperantes. Ou provará, nas mais das vezes, que os esgotou, continuando a sentir-se vítima de ilícito sancionado pelo direito internacional.

Contudo, no entendimento da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, a necessidade do prévio esgotamento dos recursos internos pressupõe que o particular tenha alguma conexão voluntária com o Estado estrangeiro a quem se atribui o ilícito: residência, propriedades, comércio[12]. Figure-se a situação de um brasileiro que jamais tenha deixado o solo pátrio, nem tenha interesses econômicos no exterior, mas cuja lavoura de algodão, em Pernambuco, tenha sido queimada pela queda de um satélite posto em órbita pelo Estado X. Figure-se ainda a situação de um pequeno empresário da pesca que, no litoral catarinense — ou mesmo em alto mar — haja perdido seu barco em razão das manobras da esquadra do Estado X. Em nenhum dos dois casos será exigível que o governo brasileiro reclame de seu nacional o prévio esgotamento das instâncias administrativas ou judiciárias existentes no território de X antes de conceder-lhe a proteção diplomática.

Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, opinava em 1º de julho de 1911 sobre o caso de Caetano Moreira da Silva, brasileiro residente em Manaus, que ali aceitara incumbir-se do consulado da Bolívia, e que desse modo se tornara credor daquela república em quanto despendera, no exercício do encargo, por ordem das autoridades bolivianas. O parecer propunha o patrocínio, pelo Brasil, da causa de seu nacional frente à Bolívia, sem qualquer referência à necessidade de esgotamento prévio dos recursos com que, naquele país, pudesse atacar-se o procedimento de seu governo[13].

**183. Efeito jurídico do endosso.** Pelo fato de outorgar a proteção diplomática a seu nacional, o Estado transforma aquilo que até então vinha sendo uma reclamação particular numa reclamação própria. Ele se torna o *dominus litis*, o senhor da demanda, com todas as consequências daí resultantes. A assistência que o particular possa dar-lhe ao longo do feito, proporcionando

12. Cf. Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional*, cit., p. 352.
13. *Pareceres*, I, p. 122.

informações e outras espécies de apoio, não faz deste um co-autor, um condômino da lide. Assim, e sem qualquer dever de consulta ao particular lesado, é lícito que o Estado patrial conduza a demanda a seu exclusivo critério — o que começa, de resto, por sua opção entre o uso dos meios diplomáticos, o da arbitragem, o da via judiciária —, e no curso da demanda resolva por acaso transigir ou desistir. Por último, é certo que, levada a demanda a bom termo, o direito das gentes não impõe ao Estado patrial o dever de transferir a indenização obtida — ainda que só no seu montante líquido, deduzidas todas as despesas — ao particular. Esse dever resultará de princípios éticos, quando não de normas do direito interno do próprio Estado. Não, porém, de qualquer regra de direito internacional público.

**184. Renúncia prévia à proteção diplomática: a doutrina e a cláusula Calvo.** A doutrina Calvo — da qual se extraíram as bases de uma *cláusula contratual* homônima — fundou-se na ideia de que não deve o direito internacional prestigiar teorias aparentemente justas e neutras, cujo efeito prático é no entanto acobertar privilégios em favor de um reduzido número de Estados. Ministro das Relações Exteriores da Argentina, Carlos Calvo estatuiu, em 1868, que para os estrangeiros, assim como para os nacionais, as cortes locais haveriam de ser as únicas vias de recurso contra atos da administração. Dessa forma, o endosso deveria ser recusado pelas potências estrangeiras a seus nacionais inconformados. Quando não, a intervenção diplomática haveria de ser ignorada, como descabida e nula, pelos Estados reclamados.

Desde o aparecimento dessa doutrina, uma cláusula se fez com frequência incorporar aos contratos de concessão e ajustes análogos, celebrados entre governos latino-americanos e pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, segundo cujos termos as últimas *renunciam* desde logo, e para todos os efeitos, à proteção diplomática de seus países de origem em caso de litígio relacionado ao con-

trato. Reconhecem, portanto, a jurisdição local como dotada de competência exclusiva para decidir sobre tal matéria.

A doutrina e diversos governos do hemisfério norte reagiram à cláusula Calvo do modo previsível, dando-a por nula, e o fundamento jurídico dessa reação foi relativamente simples: a proteção diplomática, segundo o direito das gentes, não é direito próprio do particular, mas de seu Estado patrial. É sempre o último quem decide sobre o endosso da reclamação daquele que se afirma lesado no estrangeiro, mesmo na ausência de um pedido formal deste. Não se compreende, em tais circunstâncias, que disponha o indivíduo ou a empresa da prerrogativa de renunciar à proteção diplomática, entendida como um direito que não lhe pertence. A cláusula Calvo exprimiria renúncia a uma faculdade alheia, sendo por isso nula de pleno direito.

Essas proposições um tanto cínicas pretendem ignorar a óbvia distinção que se faz em toda parte — mas notadamente nos países ocidentais investidores — entre o patrimônio estatal e o patrimônio privado. Escamoteiam ao mesmo tempo outra distinção elementar, aquela que separa os direitos individuais *indisponíveis* — a vida, a integridade física, a liberdade, a personalidade jurídica — e aqueles outros *disponíveis*, e portanto renunciáveis a qualquer tempo, dos quais a propriedade industrial ou comercial é o modelo por excelência. Como quer que seja, a doutrina Calvo colheu maior número de êxitos que de percalços na prática dos Estados e na jurisprudência internacional. Já em 1926 a Comissão que se incumbiu do exame das reclamações americano-mexicanas, no julgamento do caso da *North American Dredging Company*, estatuiu que o particular, havendo aceito no contrato uma estipulação do gênero da cláusula Calvo, estava impedido de recorrer à proteção diplomática de seu governo a propósito da execução ou da interpretação do próprio contrato[14].

---

14. *V.* comentário de Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional*, cit., p. 367-368.

## Seção III — CONSEQUÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

**185. A reparação devida.** Sobre o pressuposto de haver sido responsável por ato ilícito segundo o direito das gentes, o Estado deve àquela outra personalidade jurídica internacional uma reparação correspondente ao dano que lhe tenha causado. Essa reparação é de natureza *compensatória*. Não deve o estudioso iludir-se à vista do uso contemporâneo de expressões como "crimes de Estado", supondo que na sociedade internacional descentralizada em que vivemos possa existir um contencioso *punitivo*, onde Estados figurariam como réus. Os fatos que, na prática corrente, nos trazem ao espírito a ideia da aplicação ao Estado de um "castigo" semelhante àqueles que, em direito interno, as normas penais impõem a indivíduos, quase sempre representam mera via de fato levada a cabo por outra soberania militarmente habilitada a tal exercício. No que tem de jurídico e organizado, o contencioso internacional é ainda hoje um contencioso de compensação, não um contencioso punitivo[15]. Isto, entretanto, não significa que todo e qualquer ilícito internacional seja reparável sob forma estritamente pecuniária ou indenizatória.

**186. Formas e extensão da reparação devida.** A forma da reparação há de corresponder à do dano. Tenha este sido estritamente moral — como no caso de injúria ao pavilhão nacional do Estado vítima, ou à pessoa de seu governante —, não há falar em compensação que se deduza em dinheiro, mas naquela que assuma feitio condizente com a natureza do dano: o desagravo público, o pedido formal de desculpas, a punição das pessoas responsáveis. Se o dano, entretanto, teve expressão econômica,

15. Cf. *Rousseau*, p. 129.

a reparação há de dar-se em dinheiro, sendo este o quadro que a prática internacional mais frequentemente apresenta. Outra forma possível de reparar-se o dano, conforme sua natureza, é a restauração do *statu quo ante*, a recolocação das coisas no estado em que se encontravam antes do ato ilícito.

Um parecer de Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, datado de 24 de abril de 1914, narra a ocorrência de ilícito internacional cujo dano foi diversificado, e cuja reparação também haveria de assumir forma múltipla. Autoridades uruguaias de Rivera, "supondo que, no território brasileiro, havia depósito de armas pertencentes a conspiradores orientais, não trepidaram em combinar e executar a passagem da fronteira e a intervenção por três ou quatro léguas em território brasileiro, detendo particulares, desarmando funcionários fiscais, invadindo casas durante a noite, rompendo cercas e arrecadando objetos que se achavam em poder de seus donos ou depositários"[16]. Esse ilícito justificou desculpas compensatórias do ultraje moral representado pela invasão. Deu também ensejo a indenizações financeiras — que, afinal, não tiveram grande monta. Mas foi reparado principalmente, e antes de tudo, pela volta ao *statu quo ante*, ou seja, pelo retorno à origem da tropa invasora.

No caso das reparações de índole econômica, coloca-se em mesa o problema de sua extensão. A esse respeito a jurisprudência internacional oferece algum préstimo no sentido de fazer entender o que seja uma *indenização justa*: esta deve compreender, sobre o montante básico, o correspondente ao que no Brasil chamamos de *juros moratórios*, resultantes do tempo de espera, pela vítima, do efetivo recebimento do que lhe é devido. Hão de compensar-se também, se for o caso, os *lucros cessantes*. Não, porém, os chamados *danos indiretos*, mas só aqueles que tenham sido o resultado imediato do ato ilícito.

Um tribunal arbitral composto por representantes da Suíça, do Brasil, da Itália e dos dois Estados litigantes pronunciou, em 1872, a sentença relativa ao caso

---

16. *Pareceres*, II, p. 53.

do *Alabama* (Marcos Antonio de Araújo, visconde de Itajubá, foi o árbitro indicado pelo governo imperial brasileiro). Os Estados Unidos da América acusavam a Grã-Bretanha de haver, violando seu estatuto de neutralidade frente à guerra da secessão, permitido que se armassem em seus portos alguns navios que serviram aos confederados do Sul, e que impuseram baixas e prejuízos vultosos à marinha dos Estados do Norte, sendo o *Alabama* o principal dentre esses barcos. A sentença arbitral julgou procedente a demanda e condenou a Grã-Bretanha a indenizar os Estados Unidos com quinze milhões e meio de dólares da época, soma que lhe pareceu corresponder ao valor total dos danos causados pelas embarcações armadas em portos britânicos. Os árbitros rejeitaram, entretanto, a tese americana de que a indenização devesse cobrir danos indiretos, tais como as consequências econômicas do prolongamento da guerra da secessão causado pelo reforço que os barcos armados na Grã-Bretanha trouxeram ao exército confederado.

# Capítulo IV
# O FENÔMENO SUCESSÓRIO

**187. O princípio da continuidade do Estado.** O Estado, como já vimos, não é produto de mera elaboração jurídica convencional: ele é antes de tudo uma realidade física, um contingente humano estabelecido em determinada área territorial, sob a regência de uma ordem jurídica — cujo eventual colapso não faria com que desaparecessem os elementos materiais preexistentes à composição do sistema de poder. Fala-se por isso num princípio da *continuidade do Estado*, que evoca de certo modo a lei física da inércia. O Estado, pelo fato de existir, tende a continuar existindo — ainda que sob outra roupagem política, e até mesmo quando ocorram modificações expressivas na determinação da titularidade da soberania. A bem dizer, não é ao Estado *nominalmente considerado* que se refere o princípio da continuidade, mas a toda área territorial habitada por uma comunidade de pessoas. Outrora, na península ibérica, houve um califado de Córdoba e um reino de Navarra. Essas duas soberanias não subsistiram como tais. Depois de processos sucessórios vários, integram-se hoje no reino da Espanha.

Com aquela outra categoria de personalidades de direito das gentes — as organizações internacionais — não se dá o mesmo. Não há, no que se lhes refere, qualquer princípio de continuidade. Produto da norma jurídica expressa em seu tratado constitutivo, a organização não tem substrato material comparável ao do Estado, e pode a todo momento, por convenção de seus integrantes, desaparecer sem deixar resíduo. Tanto não impede, contudo, que o fenômeno sucessório possa ocorrer no âmbito das organizações internacionais — assumindo uma nova entidade desse

gênero o patrimônio, as obrigações, os créditos, e até mesmo, no todo ou em parte, o estilo e os propósitos de uma organização extinta.

## Seção I — SUCESSÃO DE ESTADOS: MODALIDADES

**188. Fusão ou agregação de Estados.** Este fenômeno ocorre quando dois ou mais Estados passam a constituir um único. Suas subespécies são: aquela em que o novo Estado é produto da soma horizontal e igualitária das soberanias preexistentes (*unidade italiana*, 1860-1870, resultante da agregação da Lombardia, da Toscana, do Vêneto, de Roma etc.; fusão do Egito com a Síria, em 1958, formando a *República Árabe Unida*); aquela em que, apesar da adoção de novo nome, as bases da agregação não são exatamente igualitárias, visto que um dos Estados anteriores prima sobre os demais (*unidade alemã*, 1871, sob a hegemonia da Prússia); e aquela em que um Estado pura e simplesmente se integra noutro (*anexação da Áustria* pela Alemanha, 1938; *incorporação dos países bálticos* — Estônia, Letônia e Lituânia — à União Soviética, 1940).

Sugere-se neste ponto uma reflexão sobre qual o modelo de que mais se aproxima a reunificação da Alemanha — sob o nome, a bandeira, a ordem jurídica, o estilo e o patrocínio da República Federal — em 3 de outubro de 1990.

**189. Secessão ou desmembramento de Estados.** Nesta modalidade, o inverso da precedente, dois ou mais Estados resultam da divisão do que até então vinha sendo uma única soberania. No processo de *descolonização*, tal é o fenômeno usual: assim, do primitivo território britânico, compreensivo de inúmeras porções coloniais na África e em outras partes, desmembraram-se as áreas hoje constitutivas da Nigéria, do Quênia e da Tanzânia, entre tantas outras soberanias. Mas há desmembramentos

estranhos ao contexto colonial — e é em tais hipóteses que o termo *secessão* costuma empregar-se.

Foi o que ocorreu quando, em 1838, a Federação Centro-Americana dividiu-se em cinco Estados (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua); quando o Egito e a Síria reassumiram suas identidades anteriores, dividindo a efêmera República Árabe Unida, em 1961; quando Bengala apartou-se do Paquistão, em 1971; quando se dissolveu, em 1991, a União Soviética — dando origem a quinze Estados independentes; quando no mesmo ano a Croácia e a Eslovênia deixaram a federação iugoslava (que sofreria novas perdas nos anos seguintes de modo a resumir-se, na virada do século, em Sérvia e Montenegro); quando a Tchecoslováquia se partiu em duas nações soberanas no primeiro dia de 1993.

**190. Transferência territorial.** Aqui, finalmente, temos uma situação em que nenhuma soberania surge ou desaparece. Os Estados preexistentes subsistem com suas identidades. Apenas uma área territorial integrante de um deles *transfere-se* para outro. Muda, pois, tão só a soberania incidente sobre essa parcela de território.

Em 1821 as colônias que mais tarde comporiam a Federação Centro-Americana libertam-se do domínio espanhol e se anexam, de imediato, à soberania mexicana (situação que durou quatro anos). Em 1867 o Alasca transfere-se do império russo aos Estados Unidos, mediante compra e venda. Em 1871 a Alsácia-Lorena passa da França à Alemanha, vitoriosa na guerra. Em 1903 o Acre passa da Bolívia ao Brasil, mediante operação complexa, predominando as características da compra e venda. Em 1919 a Alsácia-Lorena volta a fazer parte do território francês, por ato penitencial imposto à Alemanha, vencida na guerra.

## Seção II — SUCESSÃO DE ESTADOS: EFEITO JURÍDICO

**191. Normas aplicáveis.** No que concerne tanto à *nacionalidade* das pessoas afetadas pelo fenômeno sucessório quanto aos *tratados*, aos *bens públicos* e à *dívida pública*, é comum que as

consequências da sucessão sejam determinadas por lei do Estado resultante de agregação, ou por tratado entre as soberanias resultantes do desmembramento — ou envolvidas na transferência territorial. De tal modo, o estudo realista que se pretenda fazer dessa matéria é necessariamente casuístico. Havia entretanto certas regras costumeiras em direito das gentes. Para codificá-las — ou acaso mudá-las no que parecesse inadequado ao momento histórico — celebraram-se, sobre projetos da Comissão do Direito Internacional das Nações Unidas, uma Convenção de 1978 sobre a sucessão de Estados em matéria de tratados, e uma Convenção de 1983 sobre a sucessão de Estados em matérias de bens, arquivos e dívidas.

**192. Nacionalidade das pessoas.** Se há agregação, uma nova qualidade reveste os nacionais das soberanias reunidas: assim lombardos e romanos, vênetos e piemonteses tornam-se *italianos* em 1870. No desmembramento o comum é que os habitantes do novo Estado adquiram automaticamente sua nacionalidade, perdendo a primitiva, e tendo um eventual direito de opção. A abertura de opção é também uma prática usual na hipótese de transferência de território: exemplo não muito distante no tempo foi a escolha de nacionalidade facultada aos habitantes da Ucrânia subcarpática, quando da transferência dessa região da Tchecoslováquia à União Soviética, em 1945. Em 1993, quando do desmembramento da Tchecoslováquia, seus nacionais tiveram opção entre a nacionalidade tcheca e a eslovaca, correspondente cada uma delas a uma nova soberania.

**193. Bens públicos.** O Estado sucessor, assim entendido aquele que veio a substituir outro na titularidade de certo território, tem sobre este o chamado *domínio eminente*, que é atributo da soberania e vale para toda sua extensão (mesmo as áreas de propriedade privada).

Tem ele ainda a *propriedade* dos bens públicos: os de uso comum do povo, como ruas, estradas e parques; os de uso especial, como prédios públicos empregados pela administração; e ainda os dominiais — reservas imobiliárias que o Estado pode negociar para auferir receita. Esse patrimônio, indissociável do território, estará necessariamente nas mãos do Estado detentor da soberania territorial.

Em caso de desmembramento, o critério topográfico não resolve o problema de certos créditos e valores mobiliários, nem tampouco o dos bens imóveis que o primitivo Estado possuísse *no exterior*, servindo às suas missões diplomáticas e consulares. A Rússia assumiu — aparentemente sem oposição das demais repúblicas — o patrimônio imobiliário que abrigara, em mais de uma centena de países, a diplomacia soviética. Entre Egito e Síria — restaurados em 1961 pela bipartição da República Árabe Unida — chegou a produzir-se um incidente relativo ao domínio do prédio de sua antiga embaixada no Rio de Janeiro.

No tocante aos *arquivos públicos*, o problema só parece oferecer alguma dificuldade na hipótese de secessão ou desmembramento. A doutrina clássica distingue os *arquivos de gestão*, atinentes à pura matéria administrativa, dos *arquivos de soberania* ou políticos, para asseverar que o Estado preexistente só transfere ao novo Estado — num quadro típico de descolonização — os primeiros, quando lhe digam respeito. Não os últimos, sequer em parte. A Convenção de 1983 nada discrimina, e limita-se a prescrever a entrega, ao novo Estado, de todos os arquivos que se lhe refiram, sem qualquer compensação material.

**194. Tratados e dívida externa.** O Estado resultante de agregação é responsável pelo conjunto das obrigações convencionais e dos débitos de seus integrantes. No desmembramento e na transferência territorial, o princípio é o da repartição ponderada da dívida, atentando-se primordialmente à destinação que tenha sido dada ao produto dos empréstimos externos. Não se exclui, assim, a possibilidade de que o novo Estado veja pesar sobre si a inte-

gralidade de uma dívida contraída pelo Estado primitivo em proveito único daquela área que veio a tornar-se independente.

Há dívidas, entretanto, cuja causa não terá sido uma distribuição territorial de benefícios, mas uma aplicação centralizada e política de recursos recolhidos no exterior. Neste caso é que a doutrina estabelece uma distinção entre *dívidas de Estado* — contraídas no interesse geral da comunidade, e por isto próprias para serem compartilhadas na hora da sucessão — e *dívidas de regime* — contraídas no interesse do esquema de poder preexistente, e muitas vezes para sustentar a campanha colonial (caso em que são chamadas de *dívidas odiosas*). As dívidas de regime não se projetam sobre o Estado desmembrado: é natural, assim, que a Argélia, independente em 1962, não tenha herdado da França parte alguma do passivo relacionado com a manutenção da ordem na área, ou seja, dos dispêndios públicos que se fizeram exatamente para impedir o acesso do território argelino à independência.

Ainda na hipótese de desmembramento, entende-se que o Estado recém-independente recolhe o benefício do princípio da *tabula rasa*: ele encontra diante de si uma mesa vazia de obrigações convencionais, e a irá preenchendo na medida em que negocie tratados. Quanto aos compromissos convencionais do Estado matriz, o novo Estado nada tem a ver com eles, em princípio, quando *bilaterais*. Mesmo no caso dos tratados coletivos, o entendimento atual, consagrado pela Convenção de 1978, é no sentido de que o novo Estado, sem estar obrigado a nada, pode tornar-se parte, mediante o envio de uma *notificação de sucessão* ao depositário.

Santa Lúcia, em 1986, e Dominica, em 1987, notificaram o depositário das Convenções de Viena sobre relações diplomáticas (1961) e consulares (1963) do seu ingresso por sucessão do Reino Unido, retroagindo ao dia exato da independência de cada um dos dois novos Estados.

A notificação de sucessão, entretanto, só é válida se compatível com os limites de abertura do tratado coletivo. Se o Brasil perdesse, por desmembramento, uma parcela de seu território meridional, esse novo Estado não teria como suceder no Tratado de Cooperação Amazônica, fechado a adesões exatamente por dizer res-

peito estrito à área daquela bacia fluvial. Nenhuma república africana resultante da descolonização europeia nas últimas décadas tornou-se parte, por sucessão, nos tratados comunitários europeus dos anos cinquenta.

## Seção III — SUCESSÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

**195. Um quadro recente.** As primeiras organizações internacionais propriamente ditas — porque dotadas de personalidade jurídica de direito das gentes, e de aptidão para manifestar uma vontade distinta daquela de seus Estados-membros — surgiram em 1919. Essas entidades são, portanto, contemporâneas, e recentes são alguns fenômenos sucessórios que já as tenham alcançado. Deve ter ficado claro que, no caso das organizações, a sucessão não é uma necessidade: não se lhes aplica qualquer princípio análogo ao da *continuidade do Estado*, visto que, sem substrato físico, uma organização pode desaparecer pela só vontade concertada de seus membros. Mas a sucessão de organizações internacionais pode acontecer, e a esta altura já são diversos os exemplos concretos. Como observou Nguyen Quoc Dinh[1], "é raro que uma organização seja colocada em liquidação completa (mediante retorno do ativo aos Estados-membros); o mais comum é que suas funções e seu patrimônio sejam confiados a uma outra organização, preexistente ou nova".

**196. Dois exemplos.** Aponta-se a Organização das Nações Unidas como sucessora da Sociedade das Nações. Ela o é, em verdade, não só na conjugação do alcance universal com a finalidade política e nos objetivos periféricos, mas também sob a ótica formal do fenômeno sucessório. É verdade que a ONU surgiu em 1945, quando a SDN, extinta *de fato* em 1939 com a

1. *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7. ed., 2002, p. 600.

eclosão da segunda grande guerra, preservava ainda sua existência *de direito*. Com a ONU já em funcionamento, votou-se em Genebra, em 18 de abril de 1946, a extinção da SDN — cujo desaparecimento formal definitivo ocorreria em 31 de julho de 1947, data do fechamento das contas. A decisão extintiva determinou a sucessão, fazendo a ONU legatária do patrimônio imobiliário, dos móveis, arquivos e depósitos da velha Sociedade, bem como de suas obrigações de ordem previdenciária e outras de menor vulto.

Sucessão mais próxima de nós, no tempo e no espaço, foi a da Associação Latino-Americana de Livre Comércio pela Associação Latino-Americana de Integração. Neste caso a organização anterior foi sucedida por uma organização nova, cujo tratado constitutivo, quando vigente, determinou simultaneamente a extinção da primeira e o surgimento da segunda. Celebrado em Montevidéu em 12 de agosto de 1980, o Tratado da ALADI estabeleceu em seu art. 54 que a personalidade jurídica da ALALC, resultante do Tratado de 1960, "continuará, para todos os efeitos" na nova entidade, sobre esta recaindo todos os *direitos e obrigações* da outra.

Além da ONU e da ALADI há algumas outras organizações internacionais contemporâneas de origem relacionada com um processo sucessório: a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) e a Organização da Unidade Africana (OUA).

Não houve sucessão do GATT pela Organização Mundial do Comércio, primeiro porque o Acordo Geral de Tarifas e Comércio nunca foi uma organização internacional, mas apenas um tratado multilateral de execução particularmente aparatosa e complexa; segundo porque esse tratado subsiste, ao lado de outros cuja vigência, mais que apenas compatível com o surgimento da OMC, constitui parte essencial da ordem jurídica da organização.

# Parte III

# DOMÍNIO PÚBLICO INTERNACIONAL

**197. Proposição da matéria.** É da tradição doutrinária que a expressão *domínio público internacional* designe aqueles espaços cuja utilização suscita o interesse de mais de um Estado soberano — às vezes de toda a comunidade internacional —, ainda quando sujeitos à incidência de determinada soberania. Tal o motivo de que, a propósito desses espaços, exista uma disciplina normativa em direito das gentes. Cuida-se do *mar* — com seus diversos setores —, dos *rios internacionais*, do *espaço aéreo*, do *espaço extra-atmosférico*, e ainda do *continente antártico*. Este último, porque não versado nos capítulos que irão compor esta parte do livro, é objeto de breve análise preliminar, precedida de uma nota sobre o polo norte.

**198. O polo norte.** O escasso interesse econômico do polo norte explica a modéstia de seu tratamento jurídico. Ali não há massa terrestre como no polo sul: cuida-se apenas de água de mar, perenemente congelada. A distância, o clima, a precariedade dos recursos biológicos praticamente reduzem o polo norte à estrita condição de corredor aéreo alternativo. Com efeito, por sua proximidade passam diversas rotas aéreas que economizam distância entre a Europa e o extremo oriente, cruzando espaço de livre trânsito — independentemente de qualquer tratado —, pelo justo motivo de que a superfície hídrica subjacente é *alto mar*.

A chamada *teoria dos setores* não pretendeu, em absoluto, fundamentar qualquer pretensão de domínio sobre as águas congeladas que circundam o polo, mas apenas justificar, me-

diante invocação do princípio da *contiguidade*, o domínio das ilhas existentes na área, a oitocentos quilômetros ou mais do ponto de convergência. Os *setores* triangulares configuram o resultado da projeção, sobre o polo, do litoral norte do Canadá (alcançando as ilhas Sverdrup), da Dinamarca — em razão da Groenlândia —, da Noruega (alcançando o arquipélago Spitzberg), e da Rússia (alcançando a ilha Wrangel e o arquipélago de Francisco José, entre outras terras). Invocando a contiguidade, esses Estados proclamaram sua soberania sobre tais ilhas, sempre mediante atos unilaterais, que não suscitaram contestação.

**199. A Antártica.** Aqui temos uma ilha gigantesca, dominando o círculo polar antártico, e coberta de gelo em quase toda sua extensão. Sobre a Antártica, onde o interesse econômico e estratégico pareceu desde logo mais acentuado, diversas pretensões nacionais vieram à mesa, assentando em pelo menos quatro diferentes teorias.

A teoria dos *setores*, se aplicada à Antártica, haveria de dividir o continente em inúmeras fatias triangulares resultantes da projeção não só de litorais relativamente próximos — como o do Chile, o da África do Sul e o da Austrália —, mas também de alguns outros situados a enorme distância: o do México, o do Paquistão, até mesmo o da Islândia. Países europeus de tradição navegatória, em especial a Grã-Bretanha e a Noruega, invocaram a teoria da *descoberta*, enquanto os Estados Unidos preferiam prestigiar a atividade de *controle* do litoral antártico — embora não formulassem nenhuma reivindicação territorial concreta, nem reconhecessem a validade de qualquer reivindicação alheia. A Argentina aventou, como base de suas pretensões, uma teoria da *continuidade da massa geológica*.

O Tratado da Antártica foi firmado em Washington, em 1959, e entrou em vigor dois anos mais tarde. Entre seus negociadores estiveram a Argentina, o Chile, a Austrália, a Noruega, a França, o Reino Unido, os Estados Unidos e a União Soviética. O Brasil nele ingressou, mediante adesão, em 1975. As adesões recentes,

resultantes sobretudo de processos sucessórios na Europa, elevaram para quarenta e cinco o número de partes. Esse tratado deixa claro que nenhum dos Estados pactuantes, por ingressar nele, *renuncia* às suas eventuais pretensões de domínio sobre parte do continente, nem tampouco *reconhece* pretensões alheias. O regime jurídico estabelecido pelo texto é o da *não militarização* da Antártica, que só deve ser usada para fins pacíficos, como a pesquisa científica e a preservação de recursos biológicos, proibidos o estabelecimento de bases ou fortificações, as manobras militares, os testes com armas de qualquer natureza, o lançamento de resíduos radioativos.

O Tratado prevê reuniões periódicas para intercâmbio de informações e projetos relacionados com a Antártica, e dispõe que os Estados aderentes — tal é o caso do Brasil — nelas terão participação na medida em que demonstrarem "seu interesse pela Antártica, pela promoção ali de substancial atividade de pesquisa científica, tal como o estabelecimento de estação científica ou o envio de expedição científica" (art. 9, § 2).

O Brasil realizou sua primeira expedição à Antártica entre dezembro de 1982 e fevereiro de 1983, com os navios *Barão de Teffé*, da Marinha, e *Professor W. Besnard*, do Instituto Oceanográfico da Universidade de São Paulo. À luz das prescrições do Tratado, o Brasil foi admitido nessas reuniões consultivas a partir de setembro de 1983.

Uma convenção de Camberra, de 1980 — vigente em 1982 e, para o Brasil, em janeiro de 1986 —, dispôs sobre a conservação dos recursos vivos dos mares adjacentes à Antártica.

Um protocolo de Madri de abril de 1991, vigente no mesmo ano, e resultante de demorada e difícil negociação, consagrou a proposta franco-australiana (apoiada desde o início pelo Brasil, e à qual se haviam oposto, inicialmente, os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e o Chile) de preservar a Antártica contra toda espécie de *exploração mineral* durante um prazo fechado de cinquenta anos, findo o qual essa proibição só se poderá abrandar mediante consenso dos Estados que são partes consultivas no Tratado de 1959 (27 do total de 45).

# Capítulo I
# O MAR

**200. Codificação do direito costumeiro.** O direito do mar é parte elementar do direito internacional público, e suas normas, durante muito tempo, foram unicamente costumeiras. A codificação dessas normas ganhou alento já sob o patrocínio das Nações Unidas, havendo-se concluído em Genebra, em 1958, (a) uma Convenção sobre o mar territorial e a zona contígua, (b) uma Convenção sobre o alto mar, (c) uma Convenção sobre pesca e conservação dos recursos vivos do alto mar, e (d) uma Convenção sobre a plataforma continental. Sucede que esses quatro textos — cuja aceitação não chegou a ser generalizada — produziram-se no limiar de uma era marcada pelo questionamento das velhas normas e princípios: os oceanos já não representavam apenas uma via de comunicação navegatória, própria para alguma pesca e algumas guerras. O fator econômico, tanto mais relevante quanto enfatizado pelo progresso técnico, haveria de dominar o enfoque do direito do mar nos tempos modernos.

Em presença do direito anterior à grande Convenção de 1982, Charles Rousseau criticava a ideia do mar como *res communis*, ali não vendo qualquer elemento condominial, sobretudo quando convertido o oceano em cenário de guerra. Para ele, melhor se teria conceituado o mar como *res nullius*: uma singular coisa de ninguém que é, entretanto, insuscetível de apropriação, e sobre a qual os Estados exercem determinadas competências[1].

Esse debate é incômodo, menos por seu academicismo que pela transposição, ao direito das gentes, de conceitos do direito civil. Quem lhe tenha apreço, de todo

---

1. *Rousseau*, p. 228.

modo, perceberá que a noção do mar como *res communis*, outrora infundada, começa a fazer algum sentido no regime da Convenção de 1982.

A Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar foi concluída, depois de quase nove anos de negociação, em Montego Bay, na Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Compõe-se de trezentos e vinte artigos e vários anexos. Entrou em vigor no dia 16 de novembro de 1994, um ano após a reunião do *quorum* de sessenta Estados ratificantes ou aderentes.

O Brasil, que ratificou a Convenção em dezembro de 1988, tratou de ajustar seu direito interno aos preceitos daquela antes mesmo da entrada em vigor — e, pois, antes de encontrar-se obrigado no plano internacional. A Lei n. 8.617, de 4 de janeiro de 1993, reduz a doze milhas a largura de nosso mar territorial e adota o conceito de *zona econômica exclusiva* para as cento e oitenta e oito milhas adjacentes.

**201. Navios: noção e espécies.** Pode-se definir o navio como todo engenho flutuante dotado de alguma forma de autopropulsão, organizado e guarnecido segundo sua finalidade. O navio tem sempre um nome, um porto de matrícula, uma determinada tonelagem, e tem sobretudo — em função da matrícula — uma *nacionalidade*, que lhe confere o direito de arvorar uma bandeira nacional.

Distinguem-se os navios *mercantes* — quase sempre privados, mas eventualmente públicos — dos navios *de guerra*. Estes últimos têm como características, segundo a Convenção de 1982, o fato de pertencerem às forças armadas de um Estado, de ostentarem sinais exteriores próprios de sua qualidade, de estarem sob o comando de oficiais identificados, e de encontrar-se sua tripulação submetida às regras da disciplina militar[2].

---

2. Art. 29.

Os navios de guerra encontram-se a todo momento sob a jurisdição do Estado de origem, gozando de imunidade mesmo quando em trânsito por mares territoriais alheios, ou ancorados em portos estrangeiros. Igual privilégio reconhece o costume internacional às embarcações pertencentes ao Estado e usadas para fins não comerciais, qual um navio de representação[3].

No que concerne aos navios comerciais, públicos ou privados, seu regime depende do espaço onde se encontrem, conforme será visto adiante.

## Seção I — ÁGUAS INTERIORES, MAR TERRITORIAL E ZONA CONTÍGUA

**202. Variedade das águas interiores.** Existem, no âmbito espacial da soberania de todo Estado, águas interiores estranhas ao direito do mar, e por isso não versadas na Convenção de 1982: tal o caso dos rios e lagos de água doce, como dos pequenos mares interiores, carentes de interesse internacional. As águas interiores a que a Convenção se refere são águas de *mar aberto*: fazem parte daquela grande extensão de água salgada em comunicação livre na superfície da Terra, e sua interioridade é pura ficção jurídica. Cuida-se das águas situadas *aquém da linha de base* do mar territorial, em razão da existência de baías, de portos e ancoradouros, ou de um litoral caracterizado por "recortes profundos e reentrâncias ou em que exista uma franja de ilhas ao longo da costa na sua proximidade imediata"[4].

Esta última referência pretendeu dizer respeito a um litoral singular, como o da Noruega. Em regra, a linha de base do mar territorial é a linha *costeira* ou litorânea, na maré baixa. Essa linha, entretanto, afasta-se do bordo costeiro por conta da existência de baías, de portos e de ilhas próximas.

Ressalvado o caso das baías *históricas* (Hudson, no Canadá, Granville, na França, La Plata, entre Argentina e Uruguai), cuja dimensão não importa, as demais

---

3. Caso do *Parlement Belge*, decidido em 1879 pelas cortes britânicas (*v.* J. F. Rezek, *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 290).

4. Art. 7, § 1.

só justificam o deslocamento da linha de base — assumindo a natureza de águas internas — quando sua concavidade for pelo menos igual à de um semicírculo, tendo por diâmetro a linha de entrada, e não excedendo, esta última, o comprimento de vinte e quatro milhas marítimas (cerca de 44 km).

As instalações portuárias permanentes consideram-se parte da costa, sendo assim contornadas pela linha de base. As *ilhas* costeiras, por sua vez, não deslocam a linha de base relativa ao litoral do continente, mas geram direito, por si mesmas, a uma faixa de mar territorial que as circunde. Quando situadas numa baía, autorizam a consideração de sua área como parte do semicírculo, devendo tomar-se por diâmetro (nunca excedente de vinte e quatro milhas marítimas) a soma dos comprimentos das linhas que fechem as diferentes entradas.
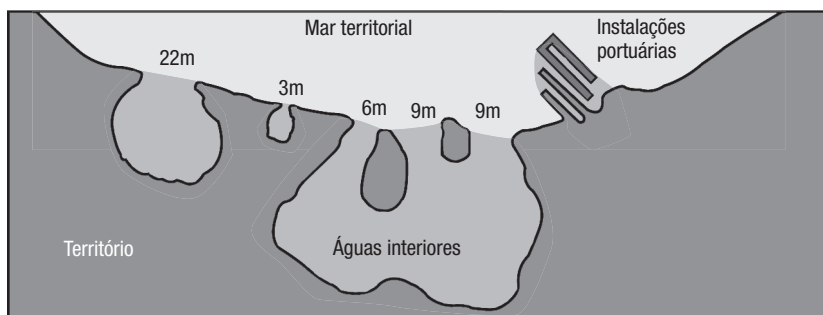
**Figura 1. Linha de base do mar territorial.**

**203. Regime jurídico.** Sobre as águas interiores o Estado costeiro exerce soberania ilimitada. Não há, nelas, direito de passagem inocente. O acesso aos portos não é livre por força de alguma norma geral de direito das gentes: tanto os navios mercantes quanto os navios de guerra que ostentem pavilhão estrangeiro só podem atracar nos portos — entrando, assim, nas águas interiores — quando autorizados pela capitania. É certo, contudo, que essa autorização na prática é dada com antecedência, e em caráter duradouro, no caso das linhas regulares de carga e de passageiros. Ela pode ainda vir expressa em tratado, aplicando-se, em bases de concessão mútua, a todos os navios — ou a todos os navios de comércio — que levem o pavilhão de cada Estado pactuante.

Admitindo navios de guerra estrangeiros em seus portos, o Estado costeiro conforma-se com a *imunidade de jurisdição* de

que desfrutam. Não há imunidade para navios mercantes: há apenas a praxe de não interferir, salvo em casos excepcionais, em incidentes de bordo que de nenhum modo afetem a ordem territorial.

Há na Convenção de 1982 uma norma *conservadora de direitos* (o art. 8, § 2). Ali se resguarda a prerrogativa da passagem inocente sobre aquelas águas que no regime anterior eram de mar territorial, e por força das novas regras relativas à linha de base tornaram-se águas interiores.

**204. Mar territorial: natureza e regime jurídico.** A soberania do Estado costeiro — diz a Convenção de 1982 — estende-se, além do seu território e das suas águas interiores, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de mar territorial. A soberania, em tal caso, alcança não apenas as águas, mas também o leito do mar, o respectivo subsolo, e ainda o espaço aéreo sobrejacente.

Esta soberania só não é absoluta — como no caso do território ou das águas interiores — porque sofre uma restrição tópica, ditada por velha norma internacional: trata-se do direito de *passagem inocente*, reconhecido em favor dos navios — mercantes ou de guerra — de qualquer Estado. Não só os navios que flanqueiam a costa realizam passagem inocente, mas também aqueles que tomam o rumo das águas interiores para atracar num porto, ou dali se retiram. Em todos os casos a passagem inocente deve ser *contínua e rápida*, e nada pode degenerá-la, sob risco de ato ilícito: proíbem-se ao navio passante manobras militares, atos de propaganda, pesquisas e busca de informações, atividades de pesca, levantamentos hidrográficos, enfim tudo quanto não seja estritamente relacionado com o ato simples de *passar* pelas águas territoriais. Aos submarinos manda-se que naveguem na superfície e arvorem seu pavilhão. O Estado costeiro tem o direito de regulamentar a passagem inocente de modo a prover à segurança da navegação, à proteção de instalações e equipamen-

tos diversos, à proteção do meio ambiente e à prevenção de infrações à própria disciplina da passagem. Pode ele ainda, quando isso for necessário à segurança da navegação, estabelecer *rotas marítimas* a serem seguidas pelos barcos transeuntes.

Não pode o Estado costeiro impor obrigações que frustrem ou dificultem a passagem inocente, nem *discriminar* navios em função de sua nacionalidade ou do Estado a que estejam servindo. Não pode, ainda, cobrar taxas pelo só fato da passagem — sendo legítima a percepção do preço de serviços prestados, à base de uma tabela não discriminatória.

Os *navios de guerra*, imunes à jurisdição local, podem, contudo, receber a ordem de imediata retirada do mar territorial quando afrontem a respectiva disciplina. Sobre navios de comércio em trânsito pelo mar territorial o Estado costeiro abstém-se de exercer jurisdição civil, salvo por responsabilidade decorrente do próprio ato de por ali passar. A jurisdição penal do Estado costeiro tampouco será exercida sobre o navio mercante em trânsito, exceto se a infração produz consequências sobre a ordem territorial, ou tem a ver com o tráfico de tóxicos; e ainda em caso de pedido de interferência feito pelo capitão ou pelo cônsul do Estado de nacionalidade do navio.

**205. Mar territorial: extensão.** A ideia da soberania do Estado costeiro no mar territorial relaciona-se, na origem, com o imperativo de *defesa* do território. Ao romper do século XVIII, por isso, adotava-se generalizadamente uma faixa com a largura de três milhas marítimas, visto que esse era o alcance máximo da artilharia naval e costeira. Já no século XX, e por volta da segunda grande guerra, alguns Estados estenderam — sempre mediante atos unilaterais — a largura dessa área a quatro, seis, nove, e mesmo doze milhas marítimas. A partir de 1952 diversos países da América Latina — a começar por Chile, Equador e Peru — decidiram estender a duzentas milhas marítimas (cerca

de 370 km) seus mares territoriais, justificando a medida com a invocação de imperativos de ordem econômica.

O Brasil adotou o mar territorial de duzentas milhas por lei de março de 1970, quando já o haviam feito oito países da área. A concepção extensionista do mar territorial não se circunscreveu, de todo modo, na América Latina: a Guiné, na costa atlântica africana, vindicaria oitenta milhas, e a Islândia, república insular a noroeste da Europa, onde é acentuada a dependência dos recursos marinhos, viria a estender a cinquenta milhas a largura de sua faixa de mar territorial — o que lhe custou um litígio com a Grã-Bretanha.

Desde o início da campanha das duzentas milhas, as repúblicas que primeiro proclamaram essa tese fizeram por deixar claro que não se tratava de uma afirmação arrogante de soberania, mas de medida atenta às necessidades econômicas de tais países, à sua dependência dos recursos do mar e ao imperativo de preservá-los contra o esgotamento a que os levaria a pesca intensa e predatória ali praticada por barcos estrangeiros. Isso lembrado, não há negar que a campanha foi vitoriosa. A Convenção de 1982 manda que seja de doze milhas marítimas (cerca de 22 km) a largura máxima da faixa de mar territorial de todo Estado costeiro, mas consagra as duzentas milhas a título de *zona econômica exclusiva.*

**206. Mar territorial: delimitação.** Mede-se a largura da faixa a partir da *linha de base*, isto é, da linha litorânea de maré baixa, alternada com a linha de reserva das águas interiores quando ocorrerem baías ou portos. As ilhas — como Fernando de Noronha e Trindade — devem dispor de faixa própria, em igual extensão, o que determina a conjugação de suas águas territoriais com as do continente, quando dele estiverem próximas. Ilhas artificiais e plataformas não têm mar territorial próprio. Não o têm tampouco os *baixios a descoberto* (vale dizer, as ilhas que submergem na maré alta), a menos que se encontrem, no todo

ou em parte, dentro da faixa de águas territoriais do continente ou de uma ilha autêntica: neste caso, a linha de base deverá contorná-los.
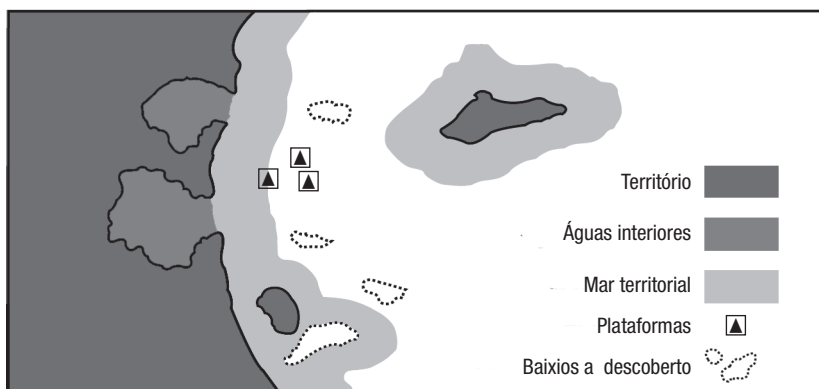
**Figura 2. Limites do mar territorial.**

O critério da *equidistância*, de velha tradição costumeira, é consagrado pela Convenção de 1982 para a delimitação do mar territorial no caso dos Estados costeiros *adjacentes* ou *confrontantes*, a menos que tenham decidido, em comum acordo, adotar outra regra.

**Figura 3. Partilha do mar territorial entre Estados adjacentes ou confrontantes.**

**207. Zona contígua.** A noção de *zona contígua* não prima pela consistência. Cuida-se de uma segunda faixa, adjacente ao mar territorial, e, em princípio, de igual largura, onde o Estado costeiro pode tomar medidas de *fiscalização* em defesa de seu território e de suas águas, no que concerne à alfândega, à imigração, à saúde, e ainda à disciplina regulamentar dos portos e do trânsito pelas águas territoriais. Num artigo único, a Convenção de 1982 refere-se à zona contígua, sumariando essas prerrogativas do Estado costeiro e estabelecendo o limite da faixa: ela não poderá ir além de vinte e quatro milhas marítimas contadas da mesma linha de base do mar territorial. O estatuto jurídico da zona contígua não é o do mar territorial. Antes da Convenção de 1982 entendia-se tal zona como parte do alto mar, onde, entretanto, o Estado costeiro se encontra autorizado a certas medidas defensivas. Hoje essa faixa se confunde com as primeiras milhas da zona econômica exclusiva.

A adoção de uma zona contígua só faz sentido quando a extensão do mar territorial não excede os padrões tradicionais, alcançando um máximo de doze milhas. Não se falou em zona contígua quando os Estados latino-americanos adotaram a política das duzentas milhas, nem quando em outros continentes certos outros países proclamaram soberania sobre igual faixa, ou sobre oitenta, ou mesmo sobre cinquenta milhas marítimas.

## Seção II — ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA

**208. Entendimento.** A ideia da zona econômica exclusiva é contemporânea dos trabalhos preparatórios da Convenção de 1982, cujo texto a conceitua e disciplina. Trata-se de uma faixa adjacente ao mar territorial — que se sobrepõe, assim, à zona contígua —, e cuja largura máxima é de cento e oitenta e oito milhas marítimas contadas do limite exterior daquele, com o que se perfazem duzentas milhas a partir da linha de base[5].

---

5. É possível que o Estado costeiro adote um mar territorial de largura inferior a 12 milhas: nesse caso, sua zona econômica exclusiva poderá ter mais que 188 milhas, observado o limite total de 200 milhas contadas da linha de base.

Embora satisfatória na enumeração dos direitos que o Estado costeiro e os demais países têm na zona econômica exclusiva, a Convenção não define essa zona — nem a zona contígua — como sendo *uma parte do alto mar* a que se aplicam regimes jurídicos especiais. Bem ao contrário, a estrutura da Convenção parece favorecer a ideia de que essas áreas são conceitualmente distintas, e de que o alto mar é apenas aquilo que, ainda hoje, muitos autores prefeririam ver como *alto mar propriamente dito*, pela não incidência de qualquer regime jurídico diferenciado — e necessariamente restritivo da liberdade total de uso em comum. O alto mar da Convenção de 1982 começa a duzentas milhas de distância de qualquer território.

**209. Direitos do Estado costeiro.** Sobre sua zona econômica exclusiva o Estado é limitada e especificamente soberano: ele ali exerce "*direitos de soberania* para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais" existentes na água, no leito e no subsolo, e para quanto mais signifique aproveitamento econômico, tal como a produção de energia a partir da água ou dos ventos. O Estado costeiro exerce também *jurisdição* sobre a zona em matéria de preservação do meio marinho, investigação científica e instalação de ilhas artificiais.

**210. Direitos da comunidade.** Todos os Estados gozam, na zona econômica exclusiva de qualquer deles, de liberdades que distinguem essa área do mar territorial: a *navegação* — prerrogativa mais ampla que a simples passagem inocente —, o *sobrevoo* — que acima das águas territoriais não é permitido por norma geral alguma — e a colocação de *cabos ou dutos submarinos*, além de outros usos compatíveis com os direitos do Estado costeiro. Quando este último, em matéria de exploração econômica, não tiver capacidade para o pleno aproveitamento racional possível da zona, deverá tornar o excedente acessível a outros Estados, mediante atos convencionais.

A Convenção estabelece ainda que os Estados sem litoral — como Paraguai e Bolívia — têm direito de participar, em base equitativa, do aproveitamento do excedente dos recursos vivos (não dos recursos minerais, portanto) das zonas eco-

nômicas exclusivas de seus vizinhos. Mediante acordos regionais ou bilaterais determinar-se-ão os termos e condições dessa participação.

## Seção III — PLATAFORMA CONTINENTAL E FUNDOS MARINHOS

**211. Regime jurídico da plataforma continental.** Antes que se falasse, já na segunda metade do século XX, em mar territorial de duzentas milhas ou em zona econômica exclusiva, a *plataforma continental* oferecia aos estudiosos um interesse maior. Cuida-se, geograficamente, daquela parte do leito do mar adjacente à costa, cuja profundidade em geral não excede duzentos metros, e que, a uma boa distância do litoral, cede lugar às inclinações abruptas que conduzem aos fundos marinhos. Sobre essa plataforma e seu subsolo o Estado costeiro exerce *direitos soberanos de exploração dos recursos naturais*, e assim sucedia mesmo na época em que a largura dos mares territoriais variava entre três e doze milhas — e em que, por isso, a maior parte da plataforma jazia sob águas de alto mar.

A chamada "guerra da lagosta", incidente diplomático ocorrido em 1963 entre Brasil e França, resultou da presença constante de barcos de pesca franceses em águas próximas do mar territorial brasileiro — que então era de três milhas —, para o recolhimento intensivo daquele crustáceo. As águas eram de alto mar, e portanto a pesca era livre. O Brasil sustentou, no entanto, que a lagosta, como espécie predominantemente rasteira (e não nadadora), tinha por *habitat* não o meio hídrico, mas a plataforma continental brasileira. Esse argumento ficou demonstrado, e conduziu ao êxito a pretensão local de que a caça da lagosta não prosseguisse sem prévio entendimento entre os dois países.

Nos termos da Convenção de 1982, o limite exterior da plataforma continental coincide com o da zona econômica exclusiva — duzentas milhas a partir da linha da base —, a menos que o "bordo exterior da margem continental" (ou seja, o limiar da área dos fundos marinhos) esteja ainda mais distante: neste caso,

o bordo será o limite da plataforma, desde que não ultrapasse a extensão total de trezentas e cinquenta milhas marítimas.

Os direitos econômicos do Estado costeiro sobre sua plataforma continental são *exclusivos*: nenhum outro Estado pode pretender compartilhá-los (como acontece, em certa medida, na zona econômica sobrejacente) se aquele não os aproveita. Esses direitos, por outro lado, não dependem da ocupação da plataforma, nem de qualquer pronunciamento. Visto, contudo, que a soberania do país costeiro só diz respeito à exploração dos recursos naturais da plataforma, não pode ele impedir que outros países ali coloquem cabos ou dutos submarinos, observada certa disciplina.

**212. Regime jurídico dos fundos marinhos.** Ao leito do mar na região dos fundos marinhos, e ao respectivo subsolo, a Convenção de 1982 — primeiro tratado a versar amplamente esse tema — dá o nome de *área*. A área fica além dos limites de jurisdição nacional, ou seja, das diversas plataformas continentais. Sobre ela assentam as águas do alto mar e o respectivo espaço aéreo. Seus recursos de maior vulto são minerais de variada natureza, em especial os *nódulos polimetálicos*.

A *área* e seus recursos constituem, segundo a Convenção, patrimônio comum da humanidade. Esta foi a norma que fez com que os Estados Unidos repudiassem o tratado: teriam preferido que os fundos marinhos permanecessem no estatuto jurídico de *res nullius*, à espera da iniciativa de quem primeiro pudesse, com tecnologia avançada, explorá-los. A Convenção institui uma *autoridade internacional dos fundos marinhos*, organização a ser integrada pelos Estados-partes, que se incumbe da administração da área. Sob este singular regime, sua exploração faz-se tanto pelos Estados, mediante o controle da *autoridade*, quanto pela *empresa* — um ente operacional diretamente subordinado àquela.

## Seção IV — ALTO MAR

**213. Princípio da liberdade.** A liberdade do alto mar — outrora se dizia simplesmente a liberdade *dos mares* — é ampla: diz respeito à navegação e a todas as formas possíveis de aproveitamento, nenhuma pretensão restricionista podendo emanar da autoridade soberana de qualquer Estado. O princípio da liberdade foi afirmado por Roma ao tempo de sua hegemonia. Sofreu desgaste na Idade Média, à força de aspirações de domínio que as potências navais manifestaram sob a influência do princípio feudal. Foi proclamado com vigor pelos juristas-teólogos espanhóis do século XVI, Francisco de Vitória e Francisco Suárez, e motivou, na primeira metade do século seguinte, a célebre controvérsia doutrinária entre o holandês Hugo Grotius, que publicou em 1609 o *Mare liberum*, e o inglês John Selden, que replicou em 1635 com o *Mare clausum* — obra supostamente encomendada por Carlos I de Inglaterra, onde o autor sustenta que o mar é suscetível de apropriação e domínio, mas não chega a excluir a liberdade coletiva de navegação. As pretensões dominiais desaparecem com o século XVII.

O moderno direito convencional, representado pelos textos de 1958 e de 1982, parte do princípio da liberdade do alto mar e estabelece a propósito um padrão mínimo de disciplina. Segundo a Convenção de 1982, a liberdade concerne à *navegação*, ao *sobrevoo* por aviões de qualquer natureza, à colocação de *cabos e dutos submarinos*, à construção de *ilhas artificiais* e instalações congêneres, à *pesca* e à *investigação científica*. A prerrogativa de navegação não exclui os Estados sem litoral, que podem ter navios públicos e navios privados arvorando sua bandeira.

**214. Restrições à liberdade.** O alto mar deve ser utilizado para fins pacíficos — norma coerente com a proibição formal da guerra, que data pelo menos de 1945 — e no exercício de suas liberdades cada Estado se obriga a levar em conta os interesses

dos demais. A todos se impõe que colaborem na conservação dos recursos vivos do alto mar, bem como na repressão do tráfico de escravos, do trânsito e comércio ilícito de drogas, da pirataria e das transmissões não autorizadas a partir do oceano.

Pirataria é o saque, depredação ou apresamento de navio ou aeronave, em geral mediante violência, e para fins privados[6]. A caracterização da pirataria não exige que o navio que a realiza seja apátrida — e arvore, como outrora, o distintivo do crânio e das duas tíbias em branco sobre fundo negro —: nela podem incorrer navios mercantes dotados de nacionalidade, e até mesmo navios de guerra degenerados por motim a bordo.

Transmissão não autorizada é a geração de programas radiofônicos e televisivos dirigidos, do alto mar, ao público em geral, sem que Estado algum tenha a emissora sob registro e receba de seus exploradores algum tributo.

As naus de guerra de qualquer pavilhão podem apresar, em alto mar, embarcações piratas, para que sobre elas seu Estado de origem exerça jurisdição. No caso das transmissões clandestinas, a jurisdição e a competência para o apresamento em alto mar recaem sobre os Estados relacionados por vínculo patrial com o navio infrator ou seus responsáveis, e ainda sobre os Estados cujo território recebe as transmissões ou sofre sua interferência.

**215. Disciplina da navegação.** A Convenção de 1982, no que se refere à nacionalidade dos navios, pretende condenar os chamados "pavilhões facilitários" ou *de complacência* (Libéria, Panamá, Chipre), ao dizer que deve haver sempre um vínculo substancial entre o Estado e o navio que arvora sua bandeira. Presume-se que em alto mar todo navio se encontra sob a jurisdição do seu Estado patrial, e os navios de guerra podem exercer autoridade sobre navios mercantes de igual bandeira. Mas para que um navio de guerra constranja, sob a forma do *direito de*

---

6. Não constitui pirataria, exatamente por faltar-lhe o requisito dos "fins privados", a apropriação temporária de um navio a título de manifesto político, qual ocorreu em 1961, no litoral brasileiro, com o transatlântico português *Santa Maria*, tomado pelos opositores do regime salazarista, sob a orientação do general Humberto Delgado. Sobre a diferença entre a pirataria e a antiga prática do corso, *v*. adiante o § 262, e nele a nota 3.

*visita*, o navio mercante de outra nacionalidade, é preciso haver fundada suspeita de que este seja responsável por pirataria, tráfico ou transmissões clandestinas, ou de que o pavilhão não represente sua nacionalidade verdadeira — a ser apurada mediante exame dos documentos de bordo.

Sob o nome de *perseguição contínua* (*hot pursuit*) o direito costumeiro abonava — e a Convenção de 1982 consagra — a prerrogativa que têm as naus de guerra de um Estado costeiro de prosseguir, alto mar a fora, no encalço de navio mercante que tenha infringido as normas aplicáveis em seu mar territorial ou zona contígua. Para ser lícita em alto mar, essa perseguição há de ter começado num daqueles espaços afetos ao Estado costeiro, e não pode ter sofrido interrupção. Não tendo sido possível interpelar o barco faltoso em alto mar, a perseguição deverá cessar, de todo modo, quando ele ingresse no mar territorial de seu próprio Estado ou de terceiro.

## Seção V — TRÂNSITO MARÍTIMO: ESTREITOS E CANAIS

**216. Estreitos: algumas normas gerais.** Se o corredor hídrico entre dois espaços marítimos de interesse internacional é bastante largo para que os mares territoriais confrontantes não se toquem, não há problema algum a resolver, visto que existente uma faixa central sobre a qual não incide a soberania plena dos Estados. Convém lembrar que a "soberania" do Estado costeiro na zona econômica exclusiva é de índole finalística: só diz respeito ao aproveitamento econômico e à jurisdição preservacionista e investigatória.

O *estreito* típico é o corredor cujas águas integram o mar territorial de um ou mais Estados, e que assegura a comunicação entre espaços de alto mar ou zona econômica exclusiva, interessando à navegação internacional. Sem haver trazido maiores inovações ao direito costumeiro, a Convenção de 1982 garante

nos estreitos o direito de *passagem em trânsito* a navios e aeronaves, civis ou militares, de qualquer bandeira.

Qual a diferença entre essa *passagem em trânsito* e a *passagem inocente* no mar territorial ordinário? Ambas devem ser breves e contínuas, nunca se autorizando ao passante qualquer atividade dissociada do puro e simples deslocamento. Em ambos os casos assiste ao titular — ou aos titulares — da soberania o direito de editar regulamentos, estabelecer rotas e orientar o tráfego. A passagem inocente, contudo, diz respeito unicamente a navios singrando a superfície hídrica, enquanto a passagem em trânsito favorece também as aeronaves no espaço aéreo sobrejacente ao estreito.

Os mais notórios estreitos internacionais são *Gibraltar*, que liga o Atlântico ao Mediterrâneo e envolve águas territoriais marroquinas, espanholas e britânicas (por conta de uma encrava colonial); *Magalhães*, que liga no extremo sul da América o Atlântico ao Pacífico, tocando o Chile e a Argentina; os estreitos dinamarqueses *Sund*, *Belt* e *Grand Belt*, vias alternativas de passagem do mar do Norte ao Báltico; e os estreitos turcos, *Bósforo* e *Dardanelos*, que dão acesso do mar Negro ao Mediterrâneo. Sobre todos esses estreitos editaram-se, no passado, convenções e atos unilaterais de conteúdo semelhante: dispõem sobre a liberdade indiscriminada de passagem em tempo de paz, e — o que era próprio da época — referem-se também ao tempo de guerra, conferindo neste caso alguns poderes extraordinários ao Estado costeiro.

**217. Canais: regimes singulares.** Os canais também são corredores que facilitam o trânsito entre dois espaços marítimos, porém não constituem obra da natureza. Daí a assertiva de que o regime jurídico de todo canal que tenha interesse para a navegação internacional há de ser, em princípio, ditado por aquela soberania que assumiu o empreendimento de construí-lo em seu próprio território.

Este o caso simples do canal de Corinto, que, construído pela Grécia, recorta um istmo no solo grego, assegurando conexão cômoda entre o mar Egeu e o mar Jônico, partes do Mediterrâneo. A Grécia formulou seu regulamento, assegura sua disciplina e percebe taxas pelo trânsito, em bases igualitárias para navios de qualquer nacionalidade.

O canal de Kiel, situado na Alemanha, ao norte de Hamburgo, estabelece ligação entre o mar do Norte e o Báltico, permitindo que se evite o contorno da Dinamarca. Foi construído pelos próprios alemães em 1895, e teria uma situação igual à de Corinto — ou seja, um regime jurídico ditado pela voz soberana e singular do dono — não fosse a situação peculiar da Alemanha, vencida em duas grandes guerras. O Tratado de Versalhes, em 1919, cuidou de internacionalizar o uso do canal, garantindo seu livre trânsito em tempo de paz na região. Várias de suas cláusulas seriam denunciadas pelo governo nazista em 1936. Mas ao fim da guerra, em 1945, novo regime convencional restabeleceria a regra da ampla liberdade de trânsito, percebendo a Alemanha taxas módicas.

Os dois canais internacionais de maior importância foram construídos no território de países impossibilitados de arcar com o custo do empreendimento. Daí a influência de Estados e capitais estrangeiros, determinando originalmente, num e noutro caso, a edição de um regime jurídico internacionalizado, em bases convencionais.

O canal de Suez, obra da companhia de Ferdinand de Lesseps, foi construído em 1869 no território egípcio, então subordinado à soberania do império Otomano. Tem uma extensão de cento e sessenta quilômetros planos e liga o Mediterrâneo ao oceano Índico, pelo mar Vermelho. A Convenção de Constantinopla, de 1888, foi celebrada entre a Turquia e oito potências europeias: seu texto estabeleceu que o canal estaria aberto a navios civis ou militares de todas as nacionalidades, em tempo de paz ou de guerra. O canal de Suez foi expropriado e nacionalizado em 1956 pelo governo republicano do Egito, que fez valer a autoridade de sua decisão apesar da violência com que reagiram França e Grã-Bretanha. Esteve fechado durante alguns meses naquele ano, e mais tarde, entre 1967 e 1975, por causa dos danos resultantes da guerra com Israel. Seu regime jurídico contemporâneo

resulta de um ato unilateral, a *declaração* do governo egípcio de 24 de abril de 1957.

No que concerne ao regime jurídico de Suez, a declaração promete respeito aos termos e ao espírito da Convenção de Constantinopla, bem como da Carta das Nações Unidas. Isso significa que o governo egípcio, transformado pela expropriação em titular do domínio do canal, assegura livre trânsito, em todo tempo, a navios de qualquer espécie ou bandeira, garantindo a segurança da navegação e percebendo taxas igualitárias. É certo, entretanto, que por força de um estado análogo ao de guerra o Egito discriminou as naus israelenses, não as admitindo à passagem por Suez, até que as duas nações concluíssem o tratado de paz de 1979.

O canal de Panamá — cujos oitenta e um quilômetros escalonados em degraus, mediante um sistema de comportas, proporcionam valiosa comunicação entre as áreas centrais do Atlântico e do Pacífico — teve sua construção levada a termo em 1914. Seu regime jurídico, entretanto, estava já estabelecido pelo tratado de 18 de novembro de 1903 (que se chamou Tratado Hay-Bunau Varilla), entre o governo local e o dos Estados Unidos da América, país empreendedor da construção por haver sucedido à companhia francesa de Ferdinand de Lesseps, que falira, e por haver favorecido a independência do território panamenho, até então integrante da república da Colômbia.

No que concerne à sua disciplina, o canal de Panamá pouco difere dos demais: ali existe ampla liberdade de trânsito, sem discriminação de qualquer espécie, e as taxas só são mais elevadas em razão dos custos, grandemente acrescidos pelo mecanismo de comportas, visto que esse corredor hídrico não é plano como Suez ou Kiel. A originalidade do canal de Panamá esteve presente no regime jurídico estabelecido pelo tratado de 1903.

No calor das emoções da independência, a recém-proclamada república do Panamá concedeu aos Estados Unidos, em caráter perpétuo, o uso, a ocupação e o controle de uma faixa territorial com a largura de dez milhas entre o litoral atlântico e o litoral pacífico do país (a *zona do canal*), bem assim o monopólio da ad-

ministração do canal e de sua defesa militar. Em contrapartida o governo panamenho recebeu 10 milhões de dólares, e a garantia de 250.000 dólares como aluguel anual da zona.

As tentativas panamenhas de revisão do regime jurídico de 1903 remontam a 1914 — época da inauguração do canal —, e alcançaram seu maior índice de energia sob o governo do general Omar Torrijos. Os Estados Unidos, sob o governo democrata de James Carter, admitiram a renegociação, de que resultou o tratado de 1977.

O Tratado sobre o canal de Panamá, concluído entre a república do Panamá e os Estados Unidos em 7 de setembro de 1977, e vigente desde 1º de outubro de 1979, restituiu ao governo panamenho o exercício da soberania na zona do canal. A administração deste foi gradualmente transferida aos panamenhos e no ano 2000 os Estados Unidos deixaram de responder militarmente pela defesa do canal, comprometidos agora tão só a velar por sua permanente *neutralidade*.

# Capítulo II

# RIOS INTERNACIONAIS

**218. Conceito.** Rio internacional é todo curso d'água que banha mais de um Estado soberano. Uma distinção preliminar costuma fazer-se entre os rios *limítrofes* (ou contíguos, ou de fronteira) e os rios *de curso sucessivo*. Contudo, os mais importantes rios internacionais, em sua maioria, ostentam as duas características. Mesmo o Amazonas, que é predominantemente um rio de curso sucessivo, banhando pelos dois flancos o território peruano, e depois o território brasileiro, serve de rio limítrofe entre Peru e Colômbia — ainda sob o nome de Marañon — numa pequena extensão da fronteira, antes de entrar definitivamente no Brasil. No Reno predomina o aspecto limítrofe, mas não falta a sucessividade em sua parte baixa. O Danúbio alterna, com certo equilíbrio, o curso sucessivo e a função de fronteira, banhando um total de dez países europeus.

O interesse despertado pelos rios internacionais resumiu-se, outrora, na comodidade do transporte fluvial. Destacam-se hoje outros aspectos, sem prejuízo do constante valor econômico da navegação: a produção de energia elétrica, a irrigação, o proveito industrial direto. Esta última serventia trouxe à tona, em anos recentes, o problema da poluição dos rios internacionais, e deu origem às primeiras normas a tal respeito.

## Seção I — ALGUNS PRINCÍPIOS

**219. Um direito casuístico.** São poucos os princípios relativos a rios internacionais que se podem afirmar dotados de alguma generalidade. O aparato normativo, nesse terreno, é dominado

pela casuística. Uma Convenção de Barcelona, de 1921, conceitua esses rios como "vias d'água de interesse internacional" — linguagem que se pretendeu abrangente de certos lagos —, e proclama dois grandes princípios: o da liberdade de navegação e o da igualdade no tratamento de terceiros. Os Estados ribeirinhos decidirão sobre a melhor maneira de administrar o rio. Não devem eles criar qualquer obstáculo à navegação, embora lhes seja lícito perceber taxas por serviços prestados, sem intuito de enriquecimento.

Bastante razoável no seu conciso rol de princípios, a Convenção de Barcelona foi, entretanto, um texto de concepção europeia, condizente com o regime que os rios europeus comportavam, e que diversos deles já haviam assumido por força de tratados do século anterior. O princípio da *liberdade de navegação* para terceiros — isto significando Estados não banhados pelo rio — foi sempre estranho ao continente americano. No máximo poderia entender-se aceita, nesta parte do mundo, a regra da *igualdade de tratamento de terceiros*: qualquer que tenha sido, em épocas variadas, o regime determinado pelos ribeirinhos dos cursos d'água desta região, não há notícia da adoção de uma política discriminatória.

Ressalvados os direitos da república do Peru, a cujo território o uso inadequado das águas no lado brasileiro poderia causar dano, nunca se entendeu neste país que sobre o Amazonas houvesse, em favor de outras potências, um *direito de navegação* resultante de regra geral do direito das gentes. Sob a ótica brasileira, o Amazonas só se distingue do São Francisco — rio estritamente doméstico — pelo fato de ter suas origens noutro Estado soberano, e pela óbvia cautela necessária para que não se lhe restrinjam as prerrogativas nem se lhe cause prejuízo.

Foi um *ato unilateral*, voluntário e soberano — o Decreto imperial de 7 de dezembro de 1866 — que abriu aos navios mercantes de todas as bandeiras as águas brasileiras do Amazonas. Esse regime, no essencial, até hoje subsiste.

## Seção II — REGIMES FLUVIAIS SINGULARES

**220. Rios da América do Sul.** Os mais importantes rios inter-

nacionais da América do Sul — o Amazonas, o Paraná, o Paraguai e o Uruguai, estes três últimos formando o estuário do Prata — encontram-se abertos à navegação comercial, em bases não discriminatórias, por força de tratados bilaterais remotos, e, no caso do Amazonas, pelo ato unilateral de 1866. O que há de novo no regime jurídico das duas grandes bacias são os tratados coletivos de 1969 e de 1978, ambos firmados em Brasília, e relativos, respectivamente, à bacia do Prata e à bacia do Amazonas.

O Tratado da bacia do Prata foi concluído em Brasília em 23 de abril de 1969, e passou a viger no ano seguinte, ratificado por Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai. Tem ele por objeto o *desenvolvimento harmônico e a integração física* da área, a avaliação e o aproveitamento de seus recursos, a utilização racional da água e a assistência à navegação fluvial. Embora seu texto prescreva que permanecem possíveis os entendimentos bilaterais e específicos, o tratado estabelece um mecanismo de consulta intergovernamental periódica, prenúncio de que o regime daqueles rios resultará, no futuro, prioritariamente da negociação coletiva.

O Tratado de Cooperação Amazônica reúne Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. Tal como o precedente, é um tratado fechado a adesões, visto que do estrito interesse dos países geograficamente afetos à bacia fluvial nele versada. Firmou-se em Brasília, em 3 de julho de 1978, e entrou em vigor em 1980, ratificado pela totalidade dos negociadores. É também um compromisso de largo alcance programático, voltado para o desenvolvimento harmônico da região amazônica, para a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais, incentivando a pesquisa e o intercâmbio permanente de informações. O pacto amazônico ressalva todos os direitos que, por atos unilaterais ou convenções bilaterais, os pactuantes tenham no passado outorgado uns aos outros, ou a terceiros, e garante *às partes*, em base de reciprocidade, ampla liberdade de navegação não só no Amazonas como nos restantes rios amazônicos de configuração internacional. Abonam-se os regulamentos *fiscais e de polícia* que cada parte entenda de estabelecer em seu território, desde que favoreçam a navegação e o comércio, e guardem entre si alguma uniformidade. O tratado não chega ao ponto de coletivizar a navegação de *cabotagem*, à qual não se aplica a regra da liberdade ampla. Assim, o transporte de pessoas e mercadorias entre dois portos fluviais brasileiros permanece reservado a embarcações nacionais.

**221. Outros regimes.** O regime jurídico do Danúbio, que ao longo de seus 2.870 quilômetros banha a Alemanha, a Áustria,

a Eslováquia, a Hungria, a Croácia, a Sérvia, a Romênia, a Bulgária, a Moldávia e a Ucrânia, é um dos mais antigos (remonta pelo menos a 1856) e complexos. Os Estados ribeirinhos, e somente eles, respondem pela administração do rio, cuja navegação, no entanto, é livre. Existe uma Comissão Europeia do Danúbio — sem personalidade jurídica, a exemplo de uma comissão mista — que tem por atribuições a coordenação entre os ribeirinhos, o regramento da navegação e seu controle, a supervisão de obras de vulto e a apuração de despesas, e finalmente a solução de litígios entre os Estados que a compõem.

Outros rios europeus igualmente sujeitos a regimes jurídicos resultantes de tratados bilaterais ou coletivos, e em geral administrados por uma comissão semelhante à do Danúbio, são o Reno, o Mosela, o Escalda e o Mosa. Deram também origem ao tratamento jurídico convencional, na Ásia, os rios Ganges, Indus e Mecong; na África, o Congo, o Gâmbia, o Níger, o Nilo, o Senegal e o Zambeze; na América do Norte, o rio Grande, o Colorado, o Colúmbia e o São Lourenço.

# Capítulo III
# O ESPAÇO

**222. Distinção preliminar.** Defrontamo-nos, aqui, com dois regimes jurídicos distintos: o do espaço aéreo, que se determina em função de qual seja a superfície terrestre ou hídrica subjacente, e o do espaço extra-atmosférico — também chamado, não com muita propriedade, de cósmico ou sideral —, que é uniforme e ostenta alguma semelhança com o do alto mar. O limite entre esses dois espaços está onde termina a camada atmosférica: a relativa imprecisão dessa fronteira não tem importância prática neste momento, visto que a órbita dos satélites e demais engenhos extra-atmosféricos tem, no mínimo, o dobro da altitude máxima em que podem voar aviões convencionais.

## Seção I — O ESPAÇO AÉREO

**223. Princípios elementares.** O Estado exerce soberania plena sobre os ares situados acima de seu território e de seu mar territorial. Projeta-se, desse modo, no espaço aéreo o mesmo regime jurídico da superfície subjacente. Ao contrário, porém, do que sucede no mar territorial, não há no espaço aéreo um direito de passagem inocente que seja fruto de princípio geral ou norma costumeira. Senhor absoluto desse espaço, o Estado subjacente só o libera à aviação de outros países mediante a celebração de tratados ou permissões avulsas.

Por outro lado, é livre a navegação aérea, civil ou militar, sobre os espaços onde não incide qualquer soberania estatal: o alto mar — incluído o polo norte — e o continente antártico.

Em 1960 um avião militar norte-americano do tipo U-2 realizava voo clandestino de reconhecimento sobre o território soviético quando foi localizado e abatido, formulando ainda o governo local um protesto pela afronta à sua soberania. Em 1983 a aviação militar soviética derrubou, nas proximidades da ilha de Sacalina, um avião civil coreano com duzentas e sessenta e nove pessoas a bordo; e alguns anos antes a aviação militar israelense fizera o mesmo com avião civil líbio sobre a península do Sinai. Em ambos os casos o argumento justificativo do gesto foi a suspeita de que se tratasse de aeronave entregue à missão militar de espionagem, ou potencialmente agressora. Em 1984, sob a influência do evento do ano anterior, aprovou-se uma emenda às Convenções de Chicago de 1944 — que serão adiante referidas — para limitar o recurso à força quando o resultado possa ser o sacrifício de civis[1].

**224. Normas convencionais.** No que tem de expressivo, tanto no plano coletivo quanto no bilateral, o direito internacional escrito diz respeito à *aviação civil*. Aviões militares (assim como os de polícia e de alfândega) sobrevoam normalmente o território da potência a que pertencem e os espaços livres de qualquer soberania, a menos que compromissos indicativos de alguma aliança estratégica lhes permitam circular por espaço aéreo alheio.

Em matéria de aviação civil, três tratados multilaterais dignos de nota precederam as negociações de Chicago ao final da segunda grande guerra: a Convenção de Paris de 1919, a Convenção da Havana de 1928 — ratificada por apenas onze países americanos, e logo denunciada por cinco deles — e a Convenção de Varsóvia de 1929. Esta última cuida de um aspecto singular da matéria: a responsabilidade do transportador em caso de acidente ou forma outra de descumprimento do contrato de transporte. Vige até nossos dias, tendo sido diversas vezes reformada mediante protocolos adicionais.

As Convenções de Chicago de 1944 (três convenções principais e doze textos ancilares) regem — em todos os aspectos

---

1. *V.* adiante o § 227.

que não a responsabilidade, versada na Convenção de Varsóvia — o tema da aviação civil internacional, havendo substituído a Convenção de Paris de 1919, cujos princípios maiores preservaram, e a que trouxeram vultoso acréscimo quantitativo.

Vigentes desde 1947, as Convenções de Chicago instituíram a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), que tem sede em Montreal, e cujo principal propósito é uniformizar as regras sobre tráfego aéreo. Organização internacional autêntica, com personalidade jurídica de direito das gentes, a OACI não deve ser confundida com a IATA — uma associação transnacional privada, de empresas aéreas, que coordena a política de tarifas e serviços de suas associadas.

**225. Nacionalidade das aeronaves.** Segundo as regras de Chicago, todo avião utilizado em tráfego internacional deve possuir uma nacionalidade — e uma única —, determinada por seu registro ou matrícula. Esse vínculo implica a *responsabilidade* de um Estado pelo engenho, e autoriza a respectiva *proteção*, se necessária. Não ocorre, no caso dos aviões, o problema — tão frequente com navios — das matrículas de complacência. Alguns autores atribuem o fato ao elevado grau de estatização da propriedade das companhias aéreas envolvidas no transporte internacional.

De nenhum modo interfere no regime jurídico internacional das aeronaves a questão de saber se as companhias a que pertencem são controladas pelo Estado, como era o caso da maioria até o início dos anos noventa, ou por particulares. O que importa é a matrícula, é o pavilhão nacional arvorado pela aeronave. Este determina a responsabilidade estatal respectiva, e os direitos vinculados ao sistema das *cinco liberdades*.

Existem companhias aéreas de propriedade plurinacional, como a SAS (Scandinavian Airlines System) e a Air Afrique. Impõe-se, nesse caso, que cada avião possua uma nacionalidade singular, que se comprovará à vista de sua matrícula.

**226. O sistema das cinco liberdades.** Os países partes nas Convenções de Chicago — e membros, por isso, da OACI — mantêm em operação o sistema chamado "das cinco liberdades": duas *técnicas* ou elementares, e três *comerciais*. As liberdades técnicas são (1) a de *sobrevoo* do território, tendo o Estado subjacente o direito de proibir certas áreas em nome da segurança, mas em bases não discriminatórias; e (2) a de *escala técnica*, quando o pouso se faça imperioso.

Essas duas liberdades elementares são concedidas por todo Estado membro da OACI às aeronaves de todo e qualquer outro, pelo só fato de se congregarem nos textos de Chicago — e, pois, sem necessidade de compromissos especiais, ou sequer de bom relacionamento e trato diplomático. Cuba, ao tempo em que não se relacionava com o Brasil, poderia ter estabelecido linha civil entre Havana e Buenos Aires ou Montevidéu, sobrevoando nosso território, reservada à autoridade local unicamente a prerrogativa de proibir o sobrevoo de certas zonas de segurança desde que igualmente proibidas ao sobrevoo de aviões de qualquer bandeira, incluídos os aviões civis nacionais.

A terceira liberdade, já de natureza *comercial*, é a de desembarcar passageiros e mercadorias provenientes do Estado patrial da aeronave. A quarta, exata contrapartida da terceira, é a de *embarcar* passageiros e mercadorias com destino ao Estado patrial da aeronave. Essas duas liberdades normalmente vêm juntas, quase sempre como consequência de tratado bilateral — ou, o que é mais raro, da adesão a uma "convenção de tráfego" da OACI. A quinta liberdade, também dependente de ajuste especial, reclama entrosamento maior entre dois países: com ela, cada um deles permite que as aeronaves do outro embarquem e desembarquem, em seu território, passageiros e mercadorias com destino a — ou provenientes de — outros países membros da OACI (o que vale dizer, qualquer parte do mundo onde se possa ter interesse em circular com aeronave comercial).

As relações entre o Brasil e o Marrocos estão circunscritas à terceira e à quarta liberdades. Tanto significa que aviões da *Royal Air Maroc* aqui só desembarcam pessoas originárias do Marrocos, e aqui só recolhem pessoas destinadas a seus aeroportos. Nossas relações com a Argentina, porém, alcançam o patamar da quinta liberdade. Por isso um avião da *Aerolineas* está autorizado a recolher, aqui, passageiros com destino à Europa, e um avião da VARIG pode levar a Buenos Aires carga recolhida no Japão e turistas embarcados em Santiago. De todo modo, mesmo no domínio da quinta liberdade, não se compreende a concessão a empresas estrangeiras de linhas de *cabotagem* (linhas domésticas). Reservam-se estas às aeronaves de pavilhão local, o que pode entretanto ser derrogado por acordos especiais, como hoje acontece no quadro da União Europeia.

**227. Segurança do tráfego aéreo.** Sequestros e outras formas de violência no quadro da navegação aérea civil, na segunda metade do século XX, levaram à celebração de tratados atentos ao problema da segurança: a Convenção de Tóquio, de 1963, sobre *infrações praticadas a bordo de aeronaves*; a Convenção da Haia, de 1970, para *repressão do apoderamento ilícito de aeronaves*; e a Convenção de Montreal, de 1971, para *repressão dos atos ilícitos contra a aviação civil*. A exemplo das Convenções de Chicago de 1944, esses textos mais recentes contam com a participação de virtualmente toda a sociedade internacional.

Tal é também o caso do Protocolo de Montreal, de 1984, concebido para proteger o tráfego aéreo não contra a ação de terroristas ou criminosos comuns, mas contra abusos do próprio Estado na preservação de sua segurança territorial.

Um Boeing 747 da *Korean Airlines* com duzentos e sessenta e nove pessoas a bordo foi abatido na região da ilha de Sacalina, em 1º de setembro de 1983, pela aviação militar soviética, por haver entrado inadvertidamente em seu espaço aéreo. A comoção provocada pelo episódio — embora não fosse o primeiro do gênero — deu origem à negociação do Protocolo de Montreal, onde se estabelece que todo Estado pode interceptar avião estrangeiro que viole seus ares, e forçar o respectivo pouso, mas que seu direito de reagir *não é ilimitado*, impondo-se-lhe respeito pela vida humana — destacadamente a de civis, passageiros de um voo comercial regular.

Poucos anos mais tarde, em 3 de julho de 1988, um *Airbus* que realizava o vôo 655 da *Iran Air*, entre Bender Abbas e Dubai, e que guardava sua rota normal

sobre o estreito de Ormuz, foi derrubado pelo cruzador americano *Vincennes* — um dos muitos navios militares ocidentais que circulavam pelo golfo durante a guerra Irã-Iraque. Morreram duzentos e noventa pessoas dentre as quais sessenta e seis crianças. O navio, segundo explicações oficiais, teria suposto uma situação de legítima defesa, visto que o *Airbus* não respondera a seus sinais de rádio. As investigações da OACI vieram a provar que esse desastre — tal como aquele provocado pelos soviéticos em Sacalina, e em circunstâncias agravadas por não ter ocorrido em espaço aéreo norte-americano — resultou principalmente das falhas técnicas e humanas de um aparato militar onde a competência e a sensibilidade nem sempre correspondem ao poder de destruição.

Quando abateu a tiros um avião civil Cessna de matrícula brasileira, em 16 de janeiro de 1992, a Guarda Nacional venezuelana afrontou as regras do Protocolo de Montreal — apesar de caracterizada, no caso, a violação do espaço aéreo da Venezuela por particulares reincidentes nessa prática, como na de subtrair-lhe riquezas minerais mediante garimpo não autorizado e causar-lhe danos ambientais. Por isso (porque a derrubada do avião, em lugar da tomada de medidas eficientes para forçar-lhe o pouso e deter seus ocupantes, foi um ato ilícito segundo o direito aplicável) houve protesto brasileiro e ações investigatórias em comum.

## Seção II — O ESPAÇO EXTRA-ATMOSFÉRICO

**228. Gênese das normas.** O direito relativo ao espaço extra-atmosférico é estritamente convencional, e começou a forjar-se entre dois acontecimentos memoráveis: a colocação em órbita do primeiro satélite artificial — o *sputnik* — pela União Soviética, em 4 de outubro de 1957, e o primeiro pouso de uma nave terrestre tripulada — por astronautas norte-americanos — na Lua, em 20 de julho de 1969.

O Tratado sobre o espaço exterior, de 1967, foi negociado no âmbito da Assembleia Geral da ONU, em Nova York, e entrou em vigor em outubro daquele ano. Prescreve, no essencial, que o espaço extra-atmosférico e os corpos celestes são de acesso livre, insuscetíveis de apropriação ou anexação por qualquer Estado, e sua investigação e exploração devem fazer-se em benefício coletivo, com acesso geral às informações que a propósito se recolham. Comprometem-se os Estados à abstenção de todo ato lesivo às iniciativas alheias nesse terreno, à ajuda mútua na proteção de astronautas em dificuldade, e à tomada de medidas cautelares contra riscos de contaminação. Fica estabelecido que incursões no

espaço exterior são prerrogativas dos Estados soberanos — ou de entidades não governamentais expressamente autorizadas por um Estado, e *sob sua responsabilidade*. A migração espacial e as casualidades do retorno não alteram a *propriedade* dos engenhos, que permanecem no domínio do Estado que os tenha produzido e lançado em órbita.

**229. Cooperação e pacifismo relativo.** Em 1968, ainda no quadro das Nações Unidas, celebrou-se um Acordo sobre recolhimento de *astronautas*, devolução de astronautas e devolução de objetos lançados no espaço exterior. No mesmo foro concluíram--se, mais tarde, uma Convenção sobre a *responsabilidade* pelos danos causados por engenhos espaciais (1972), uma Convenção sobre *registro* internacional — junto à Secretaria da ONU — de objetos lançados no espaço exterior (1975), e uma Convenção sobre as atividades dos Estados na Lua e em outros corpos celestes — o chamado *Tratado da Lua*, de 1979, que desenvolve, sem alterações substanciais, os princípios do Tratado de 1967. Nestes dois últimos textos fica claro que a Lua só deve ser utilizada para fins pacíficos. Contudo, tanto na órbita da Terra quanto na de seu satélite os tratados só proíbem a colocação de engenhos dotados de armamento nuclear ou de destruição em massa. Não ficaram proibidas, desse modo, outras formas de utilização militar das órbitas — o que vai dos simples engenhos de reconhecimento às armas não alcançadas pela proibição expressa.

# Parte IV

# CONFLITOS INTERNACIONAIS

**230. Noção de conflito internacional.** Chamaremos de *conflito* ou *litígio internacional* todo “desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato”, toda “contradição ou oposição de teses jurídicas ou de interesses entre dois Estados”[1]. Esse conceito, formulado há quase oitenta anos pela Corte da Haia, parece bastante amplo e tem o mérito de lembrar-nos que o conflito internacional não é necessariamente grave ou explosivo, podendo consistir, por exemplo, em mera diferença quanto ao entendimento do significado de certa norma expressa em tratado que vincule dois países. A palavra *conflito* tem talvez o inconveniente de trazer-nos ao espírito a ideia de um desacordo sério e carregado de tensões, mas é preferível, por seu largo alcance, ao termo *litígio*, que lembra sempre os desacordos deduzidos ante uma jurisdição, e faz perder a imagem daqueles tantos outros desacordos que se trabalham e resolvem em bases diplomáticas ou políticas, e mesmo daqueles que importam confrontação armada.

É comum que se encontre em doutrina a distinção entre conflitos *jurídicos* e *políticos*. No primeiro caso, o desacordo se trava a propósito do entendimento e da aplicação do direito existente; no segundo, as partes se antagonizam justamente porque uma delas pretende ver modificado esse direito. Charles Rousseau lembra que sob a ótica do juiz ou do árbitro internacional todos os conflitos têm natureza jurídica e podem ser juridicamente equacionados: sucede apenas que em certos casos a pretensão do Estado reclamante pode ser satisfeita mediante a aplicação de normas jurídicas preexistentes, enquanto noutros casos isso não é possível[2].

---

1. O conceito foi deduzido pela CPJI em 1924, no caso *Mavrommatis*, e em 1927, no caso *Lotus.* Voltou a invocá-lo a CIJ em 1962, no caso do *Sudoeste africano.*

2. *Rousseau*, p. 292.

A linguagem empregada pela Corte da Haia refere-se ao conflito internacional de maior incidência: aquele que se estabelece entre *dois Estados* soberanos. Convém, contudo, não esquecer que os protagonistas de um conflito internacional podem ser eventualmente grupos de Estados. De igual modo, outros sujeitos de direito das gentes — as organizações internacionais — podem também envolver-se em situações conflituosas. A ONU enfrentou problemas com Israel, país ainda estranho ao seu quadro de membros em 1948, quando do atentado contra o conde Bernadotte em Jerusalém. Mais tarde, em 1962, ela os enfrentaria com países-membros (destacadamente a França e a União Soviética) a propósito da questão de saber quais as despesas da organização cujo custeio é obrigatório para seus integrantes; e ainda a propósito da imunidade de jurisdição de seus agentes (problemas com a Malásia nos últimos anos noventa). Todos esses incidentes deram origem a pareceres consultivos da Corte da Haia[3].

**231. Proposição da matéria.** O fato de ser hoje a guerra um ilícito internacional não deve fazer perder de vista que até o começo do século XX ela era uma opção perfeitamente legítima para que se resolvessem pendências entre Estados. Por isso o direito internacional clássico abrigou amplo e pormenorizado estudo da guerra e da neutralidade. O quadro contemporâneo não mais justifica especial dispêndio de energia no exame de tudo quando compôs, outrora, o direito da guerra: parecem superadas sobretudo aquelas normas de protocolo militar e de natureza técnica que se compendiaram na Haia entre 1899 e 1907. Mas não faria sentido ignorar que o fenômeno da guerra

3. Caso *Bernadotte*: *Recueil CIJ* (1949), p. 174 e s. Caso das *despesas da ONU*: *Recueil CIJ* (1962), p. 151 e s. Caso *Cumaraswamy*: *v. retro* o § 176.

subsiste, e que o estudo de certas normas a ela inerentes não se converteu ainda, infelizmente, em arqueologia jurídica. Assim, o segundo capítulo desta quarta e última parte do livro versará a guerra frente ao direito internacional contemporâneo. O primeiro capítulo terá descrito os meios diplomáticos, os meios políticos, e os meios jurisdicionais de solução pacífica dos conflitos que ocorrem na cena internacional.

A propósito dos meios pacíficos, vale uma advertência preliminar. Não há, entre eles, um escalonamento hierárquico. Exceto pelo *inquérito*, que visa apenas a apurar a materialidade dos fatos e propende, assim, a anteceder uma outra via de solução do conflito, os demais figuram todos, tanto sob uma perspectiva teórica quanto na realidade da vida internacional, caminhos alternativos, permitindo uma escolha coerente com a natureza do conflito e a preferência das partes. Inexato, portanto, seria supor que os meios diplomáticos constituem preliminar das vias jurisdicionais, ou que o apelo aos meios políticos deve necessariamente vir antes ou depois de uma iniciativa diplomática. É certo que, inoperante certa via, podem as partes tomar outra, sem que, entretanto, exista um roteiro predeterminado. É apenas *provável* que, na prática, o mais simples dos meios diplomáticos, o entendimento direto entre as partes, dê origem, quando não tenha êxito, ao uso de outro método — que, de todo modo, pode ser também diplomático e não político ou jurisdicional. O conflito relativo ao *canal de Beagle*, opondo a Argentina ao Chile nos anos setenta, bem ilustrou quanto a casualidade histórica pode ordenar de modo curioso a sequência de métodos de solução pacífica: inoperante a arbitragem — visto que uma das partes alegava a nulidade da sentença —, tomou-se o caminho diplomático da mediação, que conduziu a bom termo.

São muito limitadas, quando diversos os meios, as hipóteses em que o argumento da *litispendência* bloqueia certa iniciativa de solução. No caso Lockerbie a

Corte da Haia rejeitou a tese de que o trato da matéria pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas impedia vestibularmente o conhecimento da ação intentada pela Líbia contra os Estados Unidos e o Reino Unido[4].

---

4. Casos (Líbia *vs*. Reino Unido e Líbia *vs*. EUA) relativos ao *Incidente aéreo de Lockerbie*: *Recueil CIJ* (1998), p. 9 e s. e 115 e s.

# Capítulo I
# SOLUÇÃO PACÍFICA

**232. Evolução dos meios.** Nos primeiros anos do século XX a referência aos *meios diplomáticos* e à *arbitragem* teria esgotado o rol das vias possíveis de solução pacífica de pendências entre Estados. A era das organizações internacionais trouxe consigo alguma coisa nova. A arbitragem hoje concorre, no plano das vias jurisdicionais, com as cortes permanentes, entre as quais a da Haia aparece como o grande exemplo. Além disso, fora do âmbito jurisdicional, construiu-se uma variante do acervo de meios diplomáticos: cuida-se do recurso às organizações internacionais, destacadamente àquelas de vocação política, na expectativa de que seus órgãos competentes componham as partes e resolvam o conflito. É usual que se denominem *meios políticos* de solução de conflitos internacionais os mecanismos existentes no âmbito dessas organizações. Eles pouco diferem dos meios diplomáticos no que tange à plasticidade de sua operação e de seus resultados. Aqueles, a seu turno, poder-se-iam também qualificar como políticos, dado que a política é o substrato maior da diplomacia em qualquer circunstância, mas notadamente num quadro conflituoso. Uns e outros — os meios diplomáticos e os chamados meios políticos — identificam-se entre si, e distinguem-se dos meios jurisdicionais, pelo fato de faltar-lhes um compromisso elementar com o primado do direito. Com efeito, ao juiz e ao árbitro incumbe aplicar ao caso concreto a norma jurídica pertinente: mesmo quando inexistente, incompleta ou insatisfatória a norma, eles irão supri-la mediante métodos integrativos de raciocínio jurídico, a analogia e a equidade. Já o mediador, a junta de conciliação, o Conselho de Segurança das

Nações Unidas não trabalham à base desse compromisso. Incumbe-lhes resolver o conflito, compondo as partes ainda que com o eventual sacrifício — ditado pelas circunstâncias — da norma jurídica aplicável. Se conseguem promover entre as partes a recomposição, pondo termo ao conflito, terão realizado a tarefa que lhes é própria. Se o fazem garantindo, ao mesmo tempo, o primado do direito, tanto melhor.

## Seção I — MEIOS DIPLOMÁTICOS

**233. O entendimento direto em sua forma simples.** O desacordo, neste caso, resolve-se mediante negociação entre os contendores, sem que terceiros intervenham a qualquer título. O entendimento direto faz-se em caráter avulso ou no quadro da comunicação diplomática existente entre os dois Estados, e tanto pode desenvolver-se oralmente quanto — o que é mais comum — por meio de troca de notas entre chancelaria e embaixada. Ter-se-á chegado a bom termo quando as partes mutuamente transijam em suas pretensões, ou quando uma delas acabe por reconhecer a validade das razões da outra.

O entendimento direto responde, no dia a dia, pela solução de elevado número de conflitos internacionais. Talvez não se perceba essa realidade em razão de uma generalizada tendência a não qualificar como conflitos verdadeiros aqueles tantos que não produzem maior tensão nem ganham notoriedade: são estes, justamente, os que melhor se habilitam a resolver-se pela mais simples das vias possíveis, qual seja a negociação entre os contendores, sem qualquer apoio, instrumental ou substancial, de outras pessoas jurídicas de direito das gentes. Entretanto, na medida em que crescem o vulto e a seriedade do litígio, a eficácia do entendimento direto passa a depender, em regra, de um certo equilíbrio entre as forças litigantes. A disposição para transigir, fundamental no quadro do entendimento direto, tende a abandonar o Estado simultaneamente cioso da importância dos interesses em jogo e da sua própria superioridade ante a parte adversa.

**234. Bons ofícios.** Cuida-se, aqui também, de um entendimento direto entre os contendores, entretanto facilitado pela ação amis-

tosa de um terceiro. Este — o chamado prestador de bons ofícios — é uma pessoa de direito internacional, vale dizer, um Estado ou organização, embora não seja raro que se individualize coloquialmente a iniciativa, indicando-se pelo nome o chefe de Estado ou o ministro que exterioriza esse apoio instrumental aos litigantes. *Instrumental*, aqui, vale dizer que o terceiro não propõe solução para o conflito. Na realidade, ele nem sequer toma conhecimento das razões de uma e outra das partes: limita-se a aproximá-las, a proporcionar-lhes, muitas vezes, um campo neutro de negociação, por haver-se convencido de que a desconfiança ou o ressentimento reinantes impedirão o diálogo espontâneo entre os Estados contendores. Assim compreendidos os bons ofícios, fácil é perceber que eles não costumam ser solicitados ao terceiro pelas partes, ou por uma delas. São em geral oferecidos pelo terceiro. Podem ser recusados, mas a iniciativa de prestar bons ofícios nunca se entenderá como intromissão abusiva.

A história diplomática do Brasil registra uma série de casos de prestação de bons ofícios pelo Império, e mais tarde pelo governo republicano; como também de litígios em que o Brasil foi parte e recolheu o benefício da ação amistosa de terceiro Estado. Assim, Portugal foi em 1864 o prestador de bons ofícios para que o Brasil e a Grã-Bretanha, rompidos desde o incidente *Christie*, restabelecessem seu relacionamento diplomático.

Como exemplo contemporâneo de bons ofícios prestados com êxito indica-se a ação dos Estados Unidos da América, sob o governo Carter, na aproximação entre o Egito e Israel, que teve por desfecho, em 1979, a celebração do acordo de Camp David. Nesse caso, contudo, é provável que tenha havido participação, embora informal, do governo americano no levantamento de alternativas e na proposição do arranjo convencional, o que de certo modo terá quebrado a pureza da instrumentalidade dos bons ofícios. Melhor exemplo, na segunda metade do último século, foi seguramente a ação do governo francês quando, em 1968, aproximou os Estados Unidos e o Vietnã — então em plena guerra no sudeste asiático —, oferecendo-lhes como campo neutro a cidade de Paris, onde negociaram até a conclusão, em 1973, dos acordos que conduziram ao fim da guerra.

Exemplo variante: reunidos em Cozumel em 23 de outubro de 1991, os presidentes do México, da Colômbia e da Venezuela resolveram oferecer seus bons

ofícios conjuntos aos governos de Cuba e dos Estados Unidos para facilitar-lhes o diálogo. De imediato Fidel Castro e George Bush agradeceram e recusaram a oferta. As causas da animosidade que nessa época opõe os dois governos parecem mais profundas que uma simples indisposição para o diálogo.

**235. Sistema de consultas.** O que este nome significa não é senão um entendimento direto *programado*. Não há, no caso da consulta, intervenção substancial ou sequer instrumental de terceiro. As partes consultam-se mutuamente sobre seus desacordos, e o fazem não de improviso, mas porque previamente o haviam combinado. Assim, nada mais temos no chamado sistema de consultas que a previsão — normalmente expressa em tratado — de encontros periódicos onde os Estados trarão à mesa suas reclamações mútuas, acumuladas durante o período, e buscarão solucionar, à base desse diálogo direto e programado, suas pendências.

O sistema consultivo é de consagrado uso no quadro pan-americano, embora também experimentado alhures. França, Grã-Bretanha, Estados Unidos e Japão concluíram em Washington, em 1921, um tratado em que programaram consultas periódicas para solução de suas desavenças e harmonização de pontos de vista no domínio da política colonial das quatro potências no Pacífico.

Antes mesmo da fundação da OEA, no velho contexto das conferências interamericanas que remontam a 1890, as reuniões de consulta têm permitido aos países do continente, pela voz de seus ministros das relações exteriores, que se entendam sobre conflitos existentes e lhes encontrem solução. Na Carta da OEA, vigente desde 1951, as reuniões de consulta dos chanceleres integram a estrutura orgânica da entidade.

**236. Mediação.** Tal como sucede no caso dos bons ofícios, a mediação importa o envolvimento de terceiro no conflito. Aqui, entretanto, este não atua instrumentalmente aproximando as partes: ele toma conhecimento do desacordo e das razões de cada um dos contendores, para finalmente propor-lhes uma solução. Em essência, o desempenho do mediador não difere daquele do

árbitro ou do juiz. A radical diferença está em que o *parecer* — ou a *proposta* — do mediador não obriga as partes. Daí resulta que essa via só terá êxito se os contendores, ambos, entenderem satisfatória a proposta e decidirem agir na sua conformidade — qual sucedeu com a mediação de João Paulo II no conflito argentino-chileno sobre o canal de Beagle, em 1981.

O mediador, quando não seja nominalmente uma personalidade de direito das gentes — o Estado X, a organização internacional Y, a Santa Sé —, será no mínimo um estadista, uma pessoa no exercício de elevada função pública, cuja individualidade seja indissociável da pessoa jurídica internacional por ele representada (Henry Kissinger, pelos Estados Unidos, mediando na Palestina, nos anos setenta, o conflito entre Israel e os Estados árabes; e ali mesmo, com igual missão em 1948, o conde Bernadotte, pela ONU). Diversamente do que sucede vez por outra com o árbitro, o mediador nunca é escolhido em função exclusiva de seus talentos pessoais, e à margem de qualquer vínculo com Estado ou organização internacional.

Há registro de casos de mediação exercida coletivamente por Estados vários: assim a Argentina, o Brasil e o Chile foram mediadores, em 1914, num conflito entre os Estados Unidos e o México, finalmente resolvido com a celebração de tratado bilateral. As mesmas três repúblicas, agora somadas aos Estados Unidos, ao Peru e ao Uruguai, exerceram mediação ao longo da guerra do Chaco, onde se confrontavam Bolívia e Paraguai, entre 1935 e 1938 — ano em que os contendores se compuseram.

O mediador deve contar vestibularmente com a confiança de ambos os Estados em conflito: não existe mediação à revelia de uma das partes. Ela pode ser oferecida pelo terceiro — sem que isso represente intromissão indevida —, e pode ser solicitada pelos contendores. É lícita a recusa de prestar a mediação, como lícita é a recusa de aceitá-la, exteriorizada por uma das partes em conflito ou por ambas. Se a mediação se instaura, isto significa que os litigantes depositam no mediador confiança bastante para que se proponham expor-lhe seus argumentos e provas, e para que se disponham, mais tarde, a examinar com boa vontade seu parecer, sua ideia de composição do conflito.

Nada mais que isso. A solução proposta pelo mediador não é obrigatória, e basta que uma das partes entenda de rejeitá-la para que essa via de solução pacífica conduza ao fracasso.

**237. Conciliação.** O que temos, aqui, é uma variante da mediação, caracterizada por maior aparato formal, e consagrada por sua previsão em bom número de tratados, alguns recentes e de capital importância como a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) e a Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar (1982). Caracteriza esta variante o fato de ser coletivo seu exercício: não há *um* conciliador singular, mas uma *comissão de conciliação*, integrada por representantes dos Estados em conflito e elementos neutros, em número total ímpar. É grande a incidência de opções pela fórmula em que cada litigante indica dois conciliadores de sua confiança, sendo um deles de sua nacionalidade, e esses quatro personagens apontam em comum acordo o quinto conciliador, a quem será confiada a presidência da comissão. A presença de elementos parciais dá maior elasticidade ao sistema e permite a cada litigante um acompanhamento permanente dos trabalhos. Tomam-se decisões por maioria, desde aquelas pertinentes ao procedimento até a decisão final e essencial, qual seja o *relatório* em que a comissão propõe um deslinde para o conflito. Este, a exemplo do parecer do mediador, não tem força obrigatória para as partes, e só será observado quando ambas o entendam conveniente.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (art. 66) e a Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar (art. 284) indicam, para a solução de controvérsias inerentes a seus respectivos textos, o uso da conciliação, e chegam ao ponto de disciplinar, cada qual num anexo próprio — a que o artigo remete —, o procedimento. Em ambos os casos prevêem-se amplas listas de personalidades suscetíveis de serem escolhidas para compor comissões de conciliação, e nessas listas, preferencialmente, serão escolhidos os elementos da confiança dos Estados litigantes e o conciliador neutro. As duas grandes Convenções são explícitas em recordar que o relatório da comissão de conciliação, bem como suas eventuais conclusões ou recomendações, não obrigam as partes.

**238. Inquérito: uma preliminar de instância.** Em direito internacional público o uso do termo *inquérito* tem servido para significar um procedimento preliminar de instância diplomática, política ou jurisdicional, sendo ele próprio um meio diplomático de se estabelecer antecipadamente a *materialidade dos fatos*. O inquérito costuma ser conduzido por comissões semelhantes às de conciliação, visto que integradas por representantes das partes e investigadores neutros. Essas comissões não têm por encargo propor o que quer que seja, mas tão só apurar fatos ainda ilíquidos, de modo que se prepare adequadamente o ingresso numa das vias de efetiva solução do conflito. Parece óbvio, assim, que não há falar em inquérito senão quando uma situação de fato reclama esclarecimento — o que não sucede, por exemplo, se o litígio diz respeito apenas à interpretação de normas convencionais.

Não se exclui entretanto a possibilidade de que, esclarecidos os fatos, uma das partes veja desde logo transparecer sua responsabilidade e dispense qualquer procedimento subsequente. Por acaso foi isso que se deu quando da primeira experimentação do inquérito, em 1904, após o incidente naval do *Dogger Bank*, envolvendo Rússia e Grã-Bretanha. Findos os trabalhos da comissão de inquérito, presidida pelo almirante Fournier, da marinha francesa, resultou clara a responsabilidade da marinha russa, de tal modo que o governo imperial indenizou de pronto o tesouro britânico. Pouco tempo depois a Convenção da Haia de 1907 recomendaria o uso do inquérito para bom encaminhamento da solução de conflitos onde houvesse um quadro de fatos a esclarecer.

## Seção II — MEIOS POLÍTICOS

**239. Órgãos políticos das Nações Unidas.** Tanto a Assembleia Geral quanto o Conselho de Segurança das Nações Unidas podem ser utilizados como instâncias políticas de solução de conflitos internacionais. Dois tópicos singularizam essa via: ela não deve ser tomada senão em presença de conflitos de certa gravidade, que constituam pelo menos uma ameaça ao clima de paz; ela

pode, por outro lado, ser assumida à revelia de uma das partes — quando a outra toma a iniciativa singular de dirigir-se à Assembleia ou ao Conselho —, e mesmo de ambas, na hipótese de que o secretário-geral da organização, ou terceiro Estado dela integrante, resolva trazer o conflito à mesa de debates.

A Carta das Nações Unidas faculta, desse modo, o acesso tanto dos litigantes quanto de terceiros a qualquer de seus dois órgãos políticos na tentativa de dar solução — eventualmente definitiva, mas em geral provisória — a conflitos internacionais graves. A prática revela que o Conselho de Segurança merece a preferência dos reclamantes, por estar permanentemente acessível — ao passo que a Assembleia se reúne apenas durante certo período do ano —, e por contar com meios eficazes de ação, caso decida agir. Com efeito, se é certo que ambos os órgãos têm competência para investigar e discutir situações conflituosas, bem como para expedir *recomendações* a respeito, certo também é que em caso de ameaça à paz só o Conselho tem o poder de agir preventiva ou corretivamente, valendo-se até mesmo da força militar que os membros das Nações Unidas mantêm à sua disposição.

Para que isso ocorra é necessária a outrora difícil *conjugação favorável* das forças políticas que compõem o Conselho de Segurança — destacadamente as que ali detêm poder de veto. Não faltaram, ao longo de anos, resoluções do Conselho determinando o cessar-fogo e o restabelecimento da paz na região palestina, e ainda no golfo pérsico, onde se defrontaram demoradamente dois membros da ONU, o Irã e o Iraque. Ao final de 1992 o esquema militar do Conselho pouco conseguira ajudar no quadro da guerra civil entre os povos europeus outrora reunidos na Iugoslávia, e mesmo no conflito tribal, associado a extremos de miséria, que se abateu sobre a Somália. A crise do Golfo parecera revelar uma ONU mais unívoca e eficiente: o gesto truculento da invasão do Kuwait por tropas do Iraque em 2 de agosto de 1990 e a inconsistência de seus pretextos produziram rara convergência reativa, não tendo sido difícil a tomada de decisões pelo Conselho, e não havendo faltado, tampouco, Estados cujo interesse geopolítico recomendou que tomassem de armas para executar tais decisões, restaurando a soberania territorial kuwaitiana.

Mas a falta de um consenso no Conselho sobre qualquer ação na Iugoslávia quando do agravamento da crise no Kosovo, em 1999, permitiu que a OTAN

tomasse a iniciativa de agir, chamando a si uma autoridade que não tinha, em detrimento da credibilidade da ONU como guardiã da paz e da segurança coletivas[5]. As Nações Unidas — e a comunidade internacional, e a ciência do direito — seriam marginalizadas de modo ainda mais grave quando, em 2003, os Estados Unidos, com o apoio de alguns outros governos, desencadearam a guerra no Iraque, a pretexto de neutralizar "armas de destruição em massa" afinal nunca encontradas, e de levar àquela parte do mundo a democracia e o respeito pelos direitos humanos…

O foro político representado pelo Conselho de Segurança da ONU possui indiscutível mérito como desaguadouro de tensões internacionais, e só a publicidade assegurada por sua consagração a certo litígio tem contribuído grandemente com a causa da paz, na medida em que fomenta uma consciência crítica na opinião pública e dá ensejo à manifestação construtiva dos Estados neutros. Mas suas limitações não se resumem na dramática dependência, para qualquer deliberação eficaz, do consenso dos cinco membros permanentes. Há também o preceito do art. 2, § 7, da carta, que frustra a intervenção da ONU "em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado". Esta norma tem sido o argumento justificativo de uma série de atitudes de indiferença ou rebeldia ante as recomendações pacificadoras do Conselho. Ela conforta, por outro lado, a proposição doutrinária segundo a qual os meios políticos, a exemplo dos meios diplomáticos, não produzem soluções legalmente obrigatórias para as partes em conflito. Para todos os efeitos, e apesar dos riscos em que esse procedimento faria incorrer um Estado militarmente modesto, a desobediência a uma recomendação do Conselho de Segurança ou da Assembleia Geral da ONU não configura um ato ilícito — como seria a desobediência a uma sentença arbitral ou judiciária.

---

5. *V. retro* o § 168.

**240. Esquemas regionais e especializados.** Organizações de alcance regional e vocação política, como a Liga dos Estados Árabes (1945) e a Organização dos Estados Americanos (1951), dispõem de mecanismos essencialmente análogos aos das Nações Unidas para solução pacífica de litígios entre seus integrantes. As duas organizações regionais citadas têm conselhos permanentes, dotados da representação de *todos* os países-membros, e prontos a equacionar politicamente os conflitos de âmbito regional antes que as partes busquem socorro no foro maior, o das Nações Unidas.

Está claro que esses mecanismos não operam sobre o conflito que oponha um membro da entidade regional a um Estado que lhe seja estranho. Assim, não foi ao Conselho da OEA, mas ao Conselho de Segurança da ONU que se dirigiu diretamente a Argentina quando reclamou contra Israel, em 1960, após a violação de sua soberania territorial representada pelo sequestro de Adolf Eichmann. Da mesma forma os diversos incidentes envolvendo Cuba e outras nações do continente, a partir de 1962, tiveram por foro político imediato o Conselho de Segurança, visto que Cuba havia sido excluída da organização regional por voto majoritário de seus restantes membros.

Não são obrigatórias as recomendações e propostas do Conselho Permanente da OEA. Tampouco o são as decisões do Conselho da Liga Árabe, exceto quando a contenda tenha sido trazida a seu exame por *ambas* as partes e a matéria não afete sua independência, soberania ou integridade territorial. Neste caso, segundo o art. 5º do pacto de 1945, os próprios contendores não terão direito a voto no Conselho.

Organizações especializadas dispõem eventualmente de mecanismos não jurisdicionais de solução de controvérsias entre seus membros, delimitadas *ratione materiae*. Assim, o Conselho da OACI está habilitado pela carta da organização (Chicago, 1944) a examinar e propor deslinde para os conflitos que antagonizem seus membros, no domínio da interpretação e aplicação da própria carta e de compromissos bilaterais concernentes à aviação civil internacional.

## Seção III — MEIOS JURISDICIONAIS

**241. Conceito.** Jurisdição é o foro especializado e independente que examina litígios à luz do direito e profere decisões obrigatórias. No plano internacional, a arbitragem foi ao longo de séculos a única jurisdição conhecida: sua prática remonta, no mínimo, ao tempo das cidades gregas. Mas da arbitragem diz-se, com acerto, que é um mecanismo jurisdicional não judiciário. Isso porque o foro arbitral não tem permanência, não tem profissionalidade. As primeiras jurisdições judiciárias internacionais instalaram-se já no século XX, com características muito semelhantes às da jurisdição doméstica que, em todo Estado, atende aos pleitos das pessoas comuns: o juiz é um especialista, é independente, decide à base do direito aplicável, e suas decisões têm força compulsória; mas além de tudo isso o juiz é um profissional: sua atividade é constante no interior de um foro aberto, a toda hora, à demanda que possa surgir entre dois indivíduos ou instituições. O árbitro não tem esta última característica: ele é escolhido *ad hoc* pelas partes litigantes, que, já em presença do conflito, confiam-lhe a função jurisdicional para o fim transitório e único de decidir aquela exata matéria. Contudo, embora assim de modo avulso, sem profissionalidade, ele é, por breve tempo, e no que diz respeito ao litígio entregue à sua arbitragem, um verdadeiro juiz: não lhe incumbe apenas serenar os ânimos e promover contemporizações políticas, mas fazer primar o direito; e o produto de seu trabalho não é um laudo, um parecer, uma recomendação ou uma proposta, mas uma sentença obrigatória.

Adiante, uma primeira subseção versará a arbitragem. A segunda cuidará da via judiciária, dando notícia de alguns tribunais regionais e especializados, e proporcionando maior informação sobre a Corte da Haia.

### Subseção 1 — A ARBITRAGEM

**242. Jurisdição *ad hoc*.** Ficou visto que a arbitragem é uma via jurisdicional, porém não judiciária, de solução pacífica de litígios

internacionais. Às partes incumbe a escolha do árbitro, a descrição da matéria conflituosa, a delimitação do direito aplicável. O foro arbitral não tem permanência: proferida a sentença, termina para o árbitro o trabalho judicante que lhe haviam confiado os Estados em conflito. Da boa-fé, da honradez das partes dependerá o fiel cumprimento da sentença, cujo desprezo, entretanto, configura ato internacionalmente ilícito.

**243. Árbitros e tribunais arbitrais.** No princípio, e por largo espaço de tempo, a escolha do árbitro recaiu sobre soberanos, sobre chefes de Estados monárquicos. Ainda hoje é comum que as partes prefiram por árbitro o estadista de primeiro nível, embora cientes de que o estudo do caso e a redação da sentença estarão, na realidade, a cargo de anônimos conselheiros jurídicos, nem sempre os mais qualificados. Há também, neste caso, o risco de que a motivação da sentença arbitral seja sumária e por vezes nebulosa, à conta do receio que o estadista eventualmente nutre de proferir teses que, no futuro, podem voltar-se contra seu próprio interesse.

O caso do *Alabama*, em que os contendores, Grã-Bretanha e Estados Unidos, optaram pela via arbitral, representou em 1872 o marco de duas inovações salutares. A primeira foi a coletivização do encargo arbitral, confiado não a uma personalidade singular mas a um colégio de cinco pessoas, três das quais rigorosamente neutras, as outras duas representando as partes em litígio. A segunda consistiu no fato de que os árbitros verdadeiros, em número de três, não foram exatamente chefes de Estado, mas *representantes* do presidente da Confederação Suíça, do rei da Itália e do imperador do Brasil[6], por estes escolhidos à consideração de sua capacidade técnica.

---

6. Indicado por Pedro II, atuou pelo Brasil no tribunal arbitral do caso do *Alabama* o visconde de Itajubá, Marcos Antônio de Araújo.

Inovação ainda mais recente foi a escolha, pelos próprios Estados contendores, de um ou mais árbitros desvinculados da administração e independentes da indicação *ad hoc* de qualquer Estado. Nestas hipóteses, o árbitro merece a confiança dos litigantes por seu talento pessoal estritamente considerado, à margem do suporte político de uma bandeira, e é normalmente — porém não necessariamente — escolhido no quadro da chamada Corte Permanente de Arbitragem.

**244. A Corte Permanente de Arbitragem.** Não é uma corte verdadeira. É uma lista permanente de pessoas qualificadas para funcionar como árbitros, quando escolhidas pelos Estados litigantes. Há na lista, hoje, pouco mais que duzentos nomes, e sua indicação a uma secretaria atuante na cidade da Haia é obra dos governos que patrocinam a entidade, cada um deles podendo indicar no máximo quatro pessoas[7]. É comum — embora um tanto impróprio — que se qualifique como "sentença da Corte Permanente de Arbitragem" a decisão arbitral proferida por pessoa ou grupo de pessoas escolhidas pelos litigantes dentro daquele rol. No caso Canevaro (1912), a Itália e o Peru ali selecionaram os senhores Calderón, Fusinato e Louis Renault para obrarem em tribunal arbitral. No caso da Ilha de Palmas (1928), o árbitro singular escolhido pelos Estados Unidos e pelos Países Baixos foi o jurista suíço Max Huber, também integrante da lista.

**245. Base jurídica da arbitragem.** Se dois Estados em conflito dispõem de ampla liberdade de escolha do meio pacífico de solucioná-lo, e optam pela arbitragem, devem antes de mais nada celebrar um *compromisso arbitral*. Esse compromisso é um tratado bilateral em que os contendores (a) descrevem o litígio

7. Pelo Brasil integram hoje essa lista os professores Celso Lafer, Nádia de Araújo, Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros e Eduardo Grebler.

entre eles existente, (b) mencionam as regras do direito aplicável, (c) designam o árbitro ou o tribunal arbitral, (d) eventualmente estabelecem prazos e regras de procedimento, e, por último, (e) comprometem-se a cumprir fielmente, como preceito jurídico obrigatório, a sentença arbitral. É seguro que o árbitro deverá ter sido previamente consultado: não se concebe que um tratado bilateral crie encargos para terceiro sem seu expresso consentimento.

Pode dar-se, contudo, que os litigantes recorram à arbitragem não por tê-la escolhido já no calor do conflito específico, mas por se acharem previamente comprometidos a assumir essa via, e não outra. O compromisso prévio poderá ter sido tanto um *tratado geral de arbitragem* quanto uma *cláusula arbitral* lançada em tratado de qualquer outra natureza.

Quando celebram um tratado geral de arbitragem, dois ou mais Estados escolhem em caráter permanente essa via para a solução de conflitos que venham a antagonizá--los no futuro. O tratado geral eventualmente estabelece restrições — excluindo, por exemplo, determinada espécie de conflito do âmbito do recurso necessário à arbitragem — e, como todo tratado de vigência dinâmica, pode limitar sua própria eficácia no tempo, determinando um limite a partir do qual as partes decidirão sobre a conveniência de renová-lo. O Brasil celebrou tratados gerais de arbitragem, no século XX, com algumas dezenas de nações: quase todas as do continente americano e ainda a China, a Grã-Bretanha, Portugal, e os reinos escandinavos, entre 1909 e 1911 — época de grande prestígio dos tratados do gênero.

Podem também os Estados vinculados por tratado bilateral ou coletivo, sobre qualquer matéria, lançar no seu texto uma cláusula arbitral, estabelecendo que os litígios resultantes da aplicação daquele pacto, ou pertinentes à matéria nele versada, deverão resolver-se mediante arbitragem. O Tratado de limites e navegação Brasil-Colômbia, firmado em 24 de abril de 1907, indicou a arbitragem como meio de solução de conflitos que acaso surgissem ao longo da demarcação da fronteira. A Convenção sobre infrações a bordo de aeronaves (Tóquio, 1963) também indica a arbitragem para a solução de controvérsias na interpretação de seu texto.

Como quer que seja, a preexistência de uma cláusula desse gênero, ou mesmo de um tratado geral de arbitragem, apenas indica a necessidade de que as partes adotem esse exato mecanismo, e não outro, para solver a contenda. Não fica dispensada a celebração do *compromisso arbitral*. É que só diante do caso concreto,

do conflito presente, pode-se realizar a escolha do árbitro e descrever-lhe a matéria a ser resolvida. Acresce que cláusulas arbitrais e tratados gerais de arbitragem não costumam encerrar aquele que é o dispositivo fundamental do compromisso tópico: a afirmação de que as partes receberão a sentença do árbitro como comando obrigatório, a ser cumprido de boa-fé.

**246. Natureza irrecorrível da sentença arbitral.** A sentença arbitral é *definitiva*. Dela não cabe recurso, visto que o árbitro não se inscreve num organograma judiciário como aquele das ordens jurídicas internas. Proferida a sentença, o árbitro se desincumbe do encargo jurisdicional que assumira *ad hoc*, cabendo às partes a execução fiel da sentença. Não obstante: (a) É sempre possível que uma das partes ou ambas dirijam-se de novo ao árbitro pedindo-lhe que aclare alguma ambiguidade, omissão ou contradição existente na sentença. Isto, no plano internacional, tem recebido o nome de "pedido de interpretação". Corresponde aos *embargos declaratórios* do direito processual brasileiro e, tal como estes, não configura um recurso em sentido próprio. (b) É ainda possível que uma das partes acuse de *nulidade* a sentença arbitral, para eximir-se de cumpri-la, imputando ao árbitro uma falta grave do gênero do dolo ou da corrupção, ou simplesmente falando em abuso ou desvio de poder. Neste último caso — o único que, felizmente, a prática registra — o que afirma a parte inconformada é que o árbitro se desviou do encargo que lhe fora traçado no compromisso arbitral, decidindo sobre mais, ou sobre algo diverso do que lhe submeteram os litigantes, ou aplicando normas jurídicas de evidente impertinência.

Foi com essa linha de argumento — o abuso ou desvio de poder pelo árbitro, no caso a rainha Elizabeth II — que a Argentina arguiu nulidade e recusou-se a cumprir a sentença relativa ao canal de Beagle, em 1977. O Brasil cumpriu de boa-fé a sentença arbitral de Vítor Emanuel III, rei da Itália, proferida em 1904 sobre o litígio pertinente à fronteira da Guiana, que nos opusera à Grã-Bretanha. Naquele caso, não se poderia ter afirmado o abuso de poder, e menos ainda algum vício grave que contaminasse o procedimento do árbitro, apesar dos diversos erros de

fato e de direito por ele cometidos — e que mesmo a doutrina europeia reconheceu e denunciou[8].

**247. Obrigatoriedade da sentença arbitral.** O produto final da arbitragem não é, como ficou claro, um parecer de aceitação subordinada à benevolência das partes. É uma decisão de índole jurisdicional, rigorosamente obrigatória. Deixar de cumpri-la significa incorrer em ato ilícito, não em mera deselegância ou imprudência. Mas o fundamento dessa obrigatoriedade não é qualquer virtude mística do árbitro ou imposição de forças superiores: é, sim, o compromisso antes assumido pelas partes, onde se prometeram executar a sentença, cientes, embora, de que uma delas propenderia a ser vitoriosa e a outra a sucumbir. É, pois, no tratado que serviu de base jurídica à arbitragem que vamos encontrar o fundamento da obrigatoriedade da sentença. Assim, em última análise, esse fundamento assenta sobre o princípio *pacta sunt servanda*.

**248. Carência de executoriedade.** Embora definitiva e obrigatória, a sentença arbitral *não é executória*. Isto quer dizer que seu fiel cumprimento fica na dependência da boa-fé e da honradez das partes — destacadamente do Estado que sucumbe por força da decisão do árbitro. Este último, proferida a sentença, não conserva sequer a prerrogativa jurisdicional — exceto para atender a um eventual pedido de interpretação. O árbitro não dispõe de uma milícia que garanta pela força o cumprimento de sua sentença caso o Estado sucumbente tome o caminho ilícito da desobediência.

### Subseção 2 — A SOLUÇÃO JUDICIÁRIA

**249. Uma opção soberana.** Vimos na subseção precedente que a arbitragem, ao contrário das vias diplomáticas e políticas de

8. *V. Accioly*, III, p. 63-69.

solução de conflitos internacionais, conduz a uma decisão obrigatória para os Estados contendores. Ficou claro, porém, que essa obrigatoriedade jurídica só existe porque eles, os Estados em conflito, livremente escolheram a via arbitral e pactuaram garantindo-se mutuamente o cumprimento do que ficasse decidido. As bases jurídicas da solução judiciária não diferem substancialmente disso. Aqui lidamos com jurisdições permanentes, profissionalizadas, tradicionais e sólidas ao extremo. Contudo, na sociedade internacional descentralizada em que vivemos ainda hoje, essas cortes não têm sobre os Estados aquela autoridade inata que os juízes e tribunais de qualquer país exercem sobre pessoas e instituições encontráveis em seu território. A jurisdição nacional impõe-se, pela ação cogente do Estado, a indivíduos, empresas e entidades de direito público. A jurisdição internacional só se exerce, equacionando conflitos entre soberanias, quando estas previamente deliberam submeter-se à autoridade das cortes.

**250. Uma história recente.** Ao contrário da jurisdição arbitral, que conta mais de dois milênios de história, a jurisdição judiciária é um fenômeno recente na cena internacional.

A instituição pioneira — o primeiro órgão de jurisdição internacional permanente — teve âmbito geográfico regional, e são raras as manifestações da doutrina a seu respeito[9]. Trata-se da Corte de Justiça Centro-Americana, instituída por tratado de 20 de dezembro de 1907 entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua. Durou dez anos essa experiência, precoce a vários títulos. A Corte era aberta até mesmo à ação do particular, nacional de um de seus Estados-membros, que em determinadas circunstâncias pretendesse processar outro Estado. No seu breve período de existência a Corte de Justiça Centro-Americana julgou uma dezena de feitos, quatro dos quais ajuizados por particulares.

---

9. *V.* uma análise ampla da Corte de Justiça Centro-Americana em Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice*, Nova York, Macmillan, 1943, p. 42-70.

A Corte da Haia vem a ser hoje não apenas o mais importante dentre os tribunais internacionais em funcionamento, mas também o mais antigo, visto que sua fundação data de 1920. Outras cortes contemporâneas, ora regionais, ora especializadas *ratione materiae*, só vieram à luz depois da segunda grande guerra.

**251. A Corte da Haia: duas fases.** Instalada na cidade da Haia em 1922, ela se chamou, em sua primeira fase, Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Não era o primeiro órgão judiciário internacional (fora-o a então já extinta Corte de Justiça Centro-Americana), mas o primeiro dotado de vocação universal, pronto assim a decidir sobre demandas entre quaisquer Estados. Seus juízes foram desde o início quinze — embora se qualificassem onze como efetivos e quatro como suplentes[10]. Apesar de programada pelo art. 14 do Pacto da Sociedade das Nações, a CPJI não era um órgão na estrutura da Sociedade — e isto desperta interesse sobre o curioso problema de sua exata natureza jurídica —, porém mantinha com a organização laços estreitos, a ponto de que incumbisse ao Conselho e à Assembleia Geral da SDN a eleição de seus juízes.

Tal como a Sociedade das Nações, a CPJI fechou as portas, de fato, em 1939, quando da eclosão da segunda grande guerra. Nos seus quase vinte anos de funcionamento ela julgou trinta e um casos contenciosos (apenas seis acórdãos foram unânimes) e emitiu vinte e sete pareceres consultivos. O Brasil esteve envolvido num litígio com a França, apresentado à Corte em 1927, relativo a empréstimos tomados pelo governo brasileiro anos antes. Em 12 de julho de 1929 a ação foi decidida — por maioria de votos — em favor do governo francês[11].

---

10. Integraram a CPJI dois brasileiros: Ruy Barbosa, para o mandato inicial (1921-1930), que veio a falecer no princípio de 1923, sem ter participado de qualquer sessão da Corte; e Epitácio Pessoa, eleito em 1923 para completar aquele mandato.

11. Para um resumo do caso, *v.* Vicente Marotta Rangel, Controvérsia de interesse do governo brasileiro julgada por tribunal internacional; *BSBDI* (1985/1986), v. 67-68, p. 151 e s.

**252. 1945: a ressurreição da Corte.** Finda a segunda grande guerra a Corte da Haia ressurge na mesma sede, com outro nome oficial: ela é agora a Corte Internacional de Justiça (CIJ), e constitui, nos termos da Carta da ONU, um *órgão* da organização. Com mudanças representativas de pura adaptação às novas circunstâncias, o Estatuto da Corte volta a ser aquele que se editara em 1920, conservada até mesmo a numeração dos artigos.

**253. Juízes da Corte da Haia.** São em número de quinze, todos efetivos (no sentido de que não há suplentes). Elegem-nos, em voto separado, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança das Nações Unidas. O mandato é de nove anos, permitida a reeleição, e procedendo-se à renovação pelo terço a cada três anos.

Isto significa que a cada três anos termina o mandato de cinco juízes, a serem substituídos — reconduzindo-se, eventualmente, algum deles. Preserva-se, de tal modo, certa continuidade, evitando-se a mudança abrupta de todo o quadro. Resulta claro que quando da primeira eleição, em 1946, foi preciso, para instaurar-se o sistema da renovação trienal pelo terço, que cinco dos quinze juízes fossem eleitos para apenas seis anos, e outros cinco para três anos.

São elegíveis juristas que se possam ver como habilitados a ocupar nos respectivos países as mais altas funções judiciárias ou consultivas. Não se podem investir na Corte dois juízes de uma mesma nacionalidade. Os quinze devem, por outro lado, formar um conjunto representativo dos diversos sistemas contemporâneos do pensamento jurídico.

Não devem faltar na Corte, assim, juízes da escola romano-germânica ou da *common law*. A realidade mostra que determinados países — membros permanentes, observe-se, do Conselho de Segurança da ONU — sempre tiveram na composição da Corte um nacional seu. Tal o caso da França, do Reino Unido, dos Estados Unidos e da Rússia. É também, desde os anos oitenta, o caso da China.

Nesta segunda fase da Corte da Haia alguns juízes brasileiros ali tiveram assento. Philadelfo de Azevedo, que fora ministro do Supremo Tribunal Federal, elegeu-se logo em 1946, para um mandato de nove anos, interrompido, entretanto, por sua morte na Haia, em plena atividade, em 1951. Levi Carneiro, antigo parlamentar e consultor-geral da República, foi então eleito para completar aquele mandato, permanecendo na Corte até 1955. José Sette Camara, embaixador do Brasil, antigo governador da Guanabara e prefeito de Brasília, foi juiz de 1979 a 1988, havendo, por eleição de seus pares, exercido a vice-presidência da Corte entre 1982 e 1985.

Antes do término de seu mandato nenhum juiz pode ser excluído da Corte, salvo por decisão unânime dos demais, o que nunca sucedeu. O presidente e o vice-presidente são eleitos para mandatos trienais, e são reelegíveis. Os salários são apropriados (equivalem à retribuição média de juízes do mais alto nível nos países industrializados), e correm, como as demais despesas da Corte, à conta do orçamento das Nações Unidas.

**254. Competência contenciosa.** Mediante aplicação do direito internacional (tratados, costumes, princípios gerais e outras normas porventura pertinentes) a Corte exerce sua competência contenciosa julgando litígios entre Estados soberanos. Ela não é acessível, no exercício desta sua competência primordial, às organizações internacionais, tampouco aos particulares. É necessário, de todo modo, que os Estados litigantes aceitem a jurisdição da Corte para que ela possa levar a termo seu trabalho. Esta assertiva impõe as explicações seguintes:

a) O Estado autor de uma demanda evidencia sua submissão à autoridade da Corte pelo só fato de ajuizar o pedido inicial. Citado, o Estado demandado que por outro motivo não esteja obrigado a aceitar a jurisdição da Corte prova essa disposição se, abstendo-se de rejeitar o foro, contesta o mérito.

Foi o que fez a república da Albânia em 1947, quando citada pela Corte em vista da ação britânica relativa ao incidente naval do *estreito de Corfu*. Logo em

seguida o governo albanês pretendeu atribuir a um equívoco sua contestação de mérito, e declinar do foro. A Corte não valorizou esse intento, dando como caracterizado, àquela altura, o *forum prorogatum*, com a instauração da instância.

b) Qual sucede com a arbitragem, dois Estados podem aceitar em tratado bilateral a submissão de certo litígio à Corte. Neste caso, as partes a ela se dirigirão em conjunto — não se distinguindo, portanto, um *autor* e um *demandado*; ou estabelecerão que a primeira delas a deduzir suas razões ingressará na Corte com uma demanda contra a outra, cabendo a esta argumentar a título de contestação, e eventual reconvenção.

Foram levados à Corte pela ação comum das partes, entre outros, o litígio relativo às ilhas *Minquiers e Ecréhou* (1951, França x Reino Unido) e aquele pertinente à *sentença arbitral do rei da Espanha* (1957, Honduras x Nicarágua). Em 2002 deram entrada, dessa mesma forma, dois casos em que as partes, em comum, pediram que a Corte decidisse em câmara, não em plenário (El Salvador-Honduras, revisão do acórdão de 1992 sobre fronteiras, caso julgado em 2003; Benin-Níger, fronteiras, caso de decisão programada para 2005).

No caso do direito de asilo (Haya de la Torre), Colômbia e Peru pactuaram no sentido de submeter à Corte sua desavença, ficando o ajuizamento da ação a cargo daquele entre os dois países que primeiro organizasse seus argumentos. A Colômbia propôs a ação em 1949. O Peru reagiu contestando e reconvindo.

c) O Estado réu não tem a prerrogativa de recusar a jurisdição da Corte quando está obrigado a aceitá-la por força de *tratado*, ou por ser signatário da *cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.*

Diversos são os tratados bilaterais e coletivos que contêm cláusula — da mesma natureza da *cláusula arbitral* — estabelecendo que os litígios acaso supervenientes entre as partes serão levados à Corte da Haia. Esse tipo de cláusula tem feito com que países refratários à jurisdição internacional permanente e obrigatória se abstenham de ratificar compromissos coletivos que, quanto ao mais, mereceriam sua participação. Tal o caso da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, cujo art. 66 remete à competência da Corte os conflitos resultantes de sua interpre-

tação, desde que num prazo de doze meses não tenham sido resolvidos de outro modo.

**255. Cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.** Esta cláusula, agregada ao Estatuto da Corte desde o início de sua primeira fase, é de *aceitação facultativa*: pode o Estado ser membro das Nações Unidas e parte no Estatuto, preferindo, contudo, não firmá-la. Seus signatários se obrigam por antecipação a aceitar a jurisdição da Corte sempre que demandados por Estado também comprometido com a cláusula — o que vale dizer, em base de *reciprocidade*. Colocam-se, assim, em face da Corte, naquela mesma posição que têm os indivíduos perante os tribunais do país onde se encontram: não se lhes pergunta, preliminarmente, se aceitam ou não a jurisdição na qual foi ajuizada contra eles uma demanda.

Nos debates preparatórios do Estatuto da Corte, ao romper da década de vinte, ficou claro que havia numerosas resistências à ideia de um órgão de jurisdição cronicamente obrigatória para todos os Estados. A cláusula, nesse contexto, foi imaginada pelo representante do Brasil, Raul Fernandes, e resultou disciplinada pelo art. 36 do Estatuto.

Sessenta e seis Estados estão hoje comprometidos pela cláusula — entre eles o Reino Unido, o Canadá, o México, o Japão, a Austrália, o Egito, a Nigéria, Portugal, a Espanha, os reinos escandinavos. Rússia nunca esteve; Estados Unidos e China não quiseram permanecer. Também o Brasil, que esteve vinculado à cláusula em períodos do passado, preferiu não continuar, retomando seu velho gosto pelos meios diplomáticos de solução de conflitos internacionais, e pela arbitragem quando inevitável. A França, cuja adesão à cláusula facultativa fizera-se por tempo limitado, não quis permanecer comprometida depois do caso dos *testes nucleares*, em que litigou com a Austrália e a Nova Zelândia, em 1974.

O Estatuto da Corte permitiu o ingresso na cláusula *por prazo determinado*, sujeito, pois, quando de seu término, à renovação. Diversos países usaram de tal faculdade. Alguns foram além, e estabeleceram limites *ratione materiae* a seu compromisso com a jurisdição da Corte. A França, por exemplo, afirmara excluir do âmbito de sua jurisdicionalidade os conflitos relacionados com o tema da defesa nacional. Quando acionada pela Austrália e pela Nova Zelândia em razão das experiências nucleares que vinha fazendo no Pacífico, invocou sua reserva, mas sem sucesso: a Corte entendeu que o caso deveria ter curso normal, e foi este o motivo por que a França entendeu, em seguida, de não manter seu compromisso.

Os Estados Unidos, hoje fora da cláusula, haviam-na firmado em 1946, com diversas especificações e ressalvas. Ao renovar o compromisso, em 6 de abril de 1984, o governo americano inovou uma ressalva curiosa e sugestiva: sua aceitação da autoridade da Corte não se aplica a conflitos com países da América Central, ou atinentes a fatos e situações ali ocorridos...

No caso das *atividades militares na Nicarágua*, ajuizado por essa república contra os Estados Unidos em 1984 — antes que produzisse efeito a última ressalva referida —, a Corte afirmou sua jurisdição apesar de contestada pelo país réu, que pretendeu valer-se tanto do teor das especificações de seu próprio compromisso quanto do argumento da ausência de reciprocidade, à base de uma crítica da validade do compromisso da Nicarágua com a cláusula facultativa. Havendo sucumbido na preliminar, pelo acórdão de 26 de novembro de 1984, os Estados Unidos abandonaram o processo. A decisão de mérito, proferida em 27 de junho de 1986, julgou procedente a demanda e condenou o governo americano à reparação dos prejuízos causados à Nicarágua[12].

**256. Linhas gerais do procedimento.** As línguas de trabalho da Corte da Haia são o francês e o inglês, e a trilha do processo não

12. *Recueil CIJ* (1984), p. 169 e s. e 392 e s.; (1986), p. 14 e s.

difere substancialmente do curso dos feitos cíveis num foro interno do gênero do nosso. Admitem-se as provas usuais e as razões escritas, bem como sustentações orais em sessão de julgamento. As decisões são tomadas por voto majoritário, e tanto podem os vencidos juntar ao acórdão seus votos dissidentes quanto pode qualquer integrante da maioria juntar também sua argumentação individual, se isso lhe parecer bom. As diversas comunicações, da citação inicial à publicidade do acórdão, ficam a cargo do cartório da Corte, atuante em sua sede predial, na Haia.

Quando contendem dois Estados, um dos quais tem na Corte um juiz de sua nacionalidade, é permitida ao outro a indicação de um nacional seu para atuar como juiz *ad hoc* no feito. Se nenhum dos dois contendores tem na Corte um nacional, a ambos é facultada a nomeação de juízes *ad hoc*. Estes propendem às vezes a votar em prol de suas pátrias, razão por que a investidura *ad hoc* é vulnerável à crítica. Os juízes efetivos, por seu turno, preservam uma sólida tradição de independência, tendo acontecido com frequência — desde a época da CPJI — de votarem contra a posição de seus Estados patriais.

**257. Natureza do acórdão.** O acórdão da Corte da Haia é, tal como as sentenças arbitrais, definitivo e obrigatório.

Seu caráter irrecorrível não exclui, contudo, a possibilidade de embargos declaratórios, que ali levam o nome de "pedido de interpretação". Um pedido dessa espécie foi feito pela Colômbia em novembro de 1950, dada sua perplexidade ante o primeiro acórdão relativo ao caso do *direito de asilo* (*Haya de la Torre*).

Quanto à obrigatoriedade do acórdão, seu fundamento também costuma ser, em última análise, o princípio *pacta sunt servanda*. A Corte não exerce jurisdição a menos que as partes a ela se submetam, mediante prévio compromisso, na maioria dos casos, e eventualmente como decorrência do ajuizamento da lide pelo autor, e da abstenção, por parte do réu, de declinar do foro.

No estudo da sentença arbitral, vimos que ela é definitiva, obrigatória e *não executória*. O acórdão da Corte, por sua vez, *pode ser executório* em circunstâncias excepcionais. Com efei-

to, o art. 94 da Carta da ONU começa por dizer que os Estados-membros se comprometem a cumprir as decisões da CIJ que lhes digam respeito. Até aí, nada de extraordinário: sabemos que o não cumprimento do acórdão da Corte, tanto quanto o não cumprimento da sentença arbitral, representa um ato ilícito. Mas o referido artigo da Carta de São Francisco prossegue dizendo que em caso de recalcitrância a outra parte poderá denunciar o fato ao Conselho de Segurança, e este, caso julgue necessário (entenda-se: à luz do seu dever primordial de preservar a paz e a segurança coletivas), tomará medidas próprias para fazer cumprir o acórdão.

De 1945 até hoje, o primeiro condenado recalcitrante foi a Albânia (caso do *estreito de Corfu*, acórdão de 9 de abril de 1949), e o último, os Estados Unidos da América (caso das *atividades militares na Nicarágua*, acórdão de 27 de junho de 1986). Em caso algum o Conselho de Segurança entendeu válido fazer uso de sua força física para obrigar o sucumbente ao cumprimento do acórdão. A atitude da Albânia foi vista como incapaz de representar risco para a segurança coletiva: afinal, a parte vitoriosa — a Grã-Bretanha — não iria perder o sangue-frio por haver deixado de embolsar alguns milhões de libras a mais, na sua longa trajetória de sucesso em todas as formas de comércio. Já no caso *Nicarágua*, a impossibilidade de qualquer ação educativa do Conselho de Segurança resultou do vício essencial que marca seu funcionamento. O réu sucumbente, na espécie, é um dos membros permanentes do órgão, dotados do poder de veto. Para a tomada de qualquer decisão avessa a seus interesses, seria preciso que ele renunciasse ao voto, ou votasse contra si mesmo...

Obrigatório sempre se entendeu o acórdão mas havia dúvida sobre as decisões relativas a *medidas cautelares*, em função da ambiguidade da linguagem do Estatuto anexo à Carta das Nações Unidas, que diz que a Corte "…terá o poder de indicar, se pensa que as circunstâncias o exigem, medidas cautelares...", e que "...será dada notícia ao Conselho de Segurança das medidas sugeridas..."[13].

---

13. Art. 41 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Em duas ocasiões recentes a Corte teve conhecimento da iminência da execução de réus estrangeiros nos Estados Unidos sem que, ao longo do processo penal, os respectivos cônsules tenham sido avisados, como manda a Convenção de Viena de 1963, para poderem cogitar de orientar ou assistir à defesa. Acionados em 1998 pelo Paraguai (caso *Breard*) e em 1999 pela Alemanha (caso *LaGrand*), os Estados Unidos reconheceram, no sumaríssimo procedimento sobre as cautelares, que as autoridades estaduais processantes se omitiram de fazer o que manda a convenção consular, mas que os processos foram corretos e que o resultado, ou seja, a condenação à morte, dificilmente poderia ter sido outro. A Corte indicou, num e noutro dos casos, a óbvia medida cautelar assecuratória de que a futura decisão definitiva pudesse fazer sentido se favorável ao Estado autor, ou seja, a suspensão da execução da pena capital. Breard e LaGrand foram, não obstante, executados logo em seguida, na Virgínia e no Arizona respectivamente. As gestões do governo federal junto aos dois Estados foram singulares, e não se lhes disse de um dever de atender à Corte, mas da conveniência de não expor, lá fora, cidadãos americanos a situações semelhantes... A própria Suprema Corte não quis tratar as medidas cautelares como um imperativo, confirmando, no mais alto nível interno, a convicção de que o Estatuto a que se subordina a Corte da Haia não lhe permite *determinar* medidas cautelares[14].

No acórdão sobre o mérito do caso *LaGrand*, em junho de 2001, a Corte finalmente fez ver que apesar da ambiguidade de seu estatuto e do silêncio de sua jurisprudência ao longo de anos, as medidas cautelares só fazem sentido se obrigatórias. Nada mais evidente, ainda que tardio. Não é próprio da instituição judiciária, em parte alguma do mundo, fazer *sugestões* cujo acolhimento dependa da boa vontade do demandado. Nem realizaria a liminar, se assim fosse, seu objetivo básico: evitar que a decisão de mérito, quando favorável ao impetrante, seja afinal perfeitamente inútil.

**LEITURA**

Voto vencido do autor como Juiz da Corte Internacional de Justiça no caso do *Mandado de prisão de 11 de abril de 2000* (caso *Yerodia*, Medida cautelar, R. D. do Congo *vs.* Bélgica, 2000):

"Na maioria dos sistemas de direito contemporâneos aprende-se, de maneira bastante uniforme, o que é uma *medida cautelar*, notadamente quais

14. Caso *Breard*: Ordem de 9 de abril de 1998, *Recueil CIJ* (1998), p. 248 e s.

os seus fundamentos e quais os seus efeitos. Não obstante o silêncio do Estatuto e do Regulamento da Corte Internacional de Justiça, que enunciam a este respeito apenas normas de procedimento, a Corte tem seguido alguma orientação sobre a matéria, além da que provém de sua própria jurisprudência.

A questão aqui não é a dos efeitos, mas a dos fundamentos. Estes são o *fumus boni juris* — a procedência, à primeira vista, da tese que o requerente invoca como base de sua pretensão; e o *periculum in mora* — os riscos da demora, o perigo de que, reconhecido o direito do requerente, não tenha este sua pretensão devidamente satisfeita por não lhe haver a Corte assegurado com antecipação, ainda que de forma parcial, o benefício da medida liminar por ele solicitada.

A procedência do pedido formulado pela República Democrática do Congo é aqui apenas transparente. Esta é a primeira vez que um Estado se dirige à Corte para dizer que um membro de seu governo é objeto de um *mandado de prisão* expedido pela jurisdição de outro Estado, e que o governo deste último patrocina o referido mandado de prisão, fazendo-o circular na comunidade internacional.

Independentemente da qualidade funcional da pessoa a quem a medida se dirige e da questão dos privilégios de que gozam certos agentes do Estado no plano internacional, é também a primeira vez que a Corte enfrenta o problema de um *ato de jurisdição local* que se diz fundado *tão só no princípio da justiça universal* — sem apoio nem na *territorialidade* da infração, nem na *defesa* de bens e valores essenciais do Estado do foro, nem tampouco na *nacionalidade* do agente ou na das vítimas, e sem que a pessoa acusada se encontre no território do Estado do foro. *Prima facie*, parece-me válido o argumento da ofensa à regra fundamental da igualdade soberana entre as nações.

No que diz respeito à *urgência*, considero que a situação descrita no pedido, isto é, a realidade do mandado de prisão expedido contra membro do Governo congolês e o apoio do Governo belga ao seu implemento constituem restrição contínua e permanente ao pleno exercício da função pública da pessoa em causa, além de ofensa, também contínua e permanente, à soberania do Estado requerente.

Qual a dimensão do dano, e qual o seu consequente grau de urgência? Não se trata de saber se a manutenção em vigor do mandado de prisão contra o ministro congolês causa prejuízo *irreversível*. Poucas coisas além da morte são irreversíveis. Trata-se de ver se a concessão da medida cautelar pode acaso, ela própria, produzir dano *mais grave* que aquele que se pretende evitar a título provisório. Quanto a mim, não vejo nenhum inconveniente maior em suspender os efeitos do mandado de prisão expedido por um juiz de instrução de Bruxelas, ou o caráter internacional que o Governo belga lhe conferiu, até que a Corte estatua em definitivo sobre essa questão jurídica, de importância e atualidade incontestáveis. Para este fim, e contrariamente ao que pensa a maioria, eu atenderia ao Congo concedendo a medida cautelar".

**258. Competência consultiva.** Além de acórdãos, resultantes do exercício de sua competência contenciosa, a Corte da Haia emite também pareceres consultivos a pedido da Assembleia Geral ou do Conselho de Segurança da ONU, bem como de outros órgãos ou entidades especializadas que a Assembleia Geral tenha autorizado a requerer tais pareceres[15].

Dentre os mais importantes pareceres proferidos pela Corte em sua segunda fase figuram aqueles que dizem respeito à personalidade, aos poderes e ao funcionamento da ONU, contribuindo com a gênese de uma teoria geral da organização internacional: assim os pareceres de 1948 e de 1950 sobre a *admissão de novos membros* na ONU — matéria que deu origem aos primeiros desentendimentos entre a Assembleia e o Conselho; o parecer de 1949 sobre a *proteção funcional* que a ONU exerce sobre seus agentes (caso *Bernadotte*); os diversos pareceres que, desde 1950, esclareceram o problema do mandato e da subsequente tutela do *Sudoeste africano* (hoje a Namíbia); o parecer de 1962 sobre o conceito de despesas da organização, de custeio obrigatório para seus Estados-membros; o parecer de 1999 sobre a *imunidade dos agentes da ONU* à jurisdição interna dos países onde atuem (caso *Cumaraswamy*).

**259. Cortes regionais e especializadas.** A Corte da Haia não é o único foro judiciário internacional em funcionamento. Nos anos anteriores à virada do século o número dessas instituições cresceu a ponto de que alguns publicistas se preocupem com uma hipotética dispersão no entendimento do direito internacional como resultado da multiplicação das sedes de jurisprudência. Além dos tribunais penais já versados[16], que julgam indivíduos por crimes definidos em direito das gentes, diversas outras cortes, ora de âmbito regional, ora especializadas em razão da matéria, operam na cena internacional desde algum momento

15. Há uma lista oficial de órgãos e organizações autorizados pela Assembleia Geral da ONU a pedir pareceres consultivos à Corte. Ali figuram, por exemplo, o Conselho Econômico e Social da própria ONU, a OIT, a FAO, a UNESCO, a OMS, a OACI, o Banco Mundial e o FMI.

16. *V. retro* o § 85.

do século XX. Todos esses organismos são avulsos e independentes: não há, no plano internacional, uma *hierarquia judiciária* como aquela que existe no interior de cada Estado.

Certas organizações internacionais — como a OIT, e a própria ONU — possuem *tribunais administrativos*, onde se resolvem, no contencioso, problemas concernentes à função pública internacional. As partes ante tais foros são em regra a organização mesma, de um lado, e de outro alguém que lhe preste ou lhe tenha prestado serviços, ou tenha com ela estabelecido algum vínculo contratual.

Merece destaque a Corte de Justiça da União Europeia, sediada no Luxemburgo. Além de regional, ela é especializada no direito comunitário: incumbe-lhe assegurar, no contencioso, a correta interpretação e aplicação do vasto acervo normativo que rege as comunidades europeias desde suas origens, na década de cinquenta. Essa instituição judiciária é aberta não só aos Estados membros das comunidades como também a particulares, indivíduos ou empresas nacionais daqueles mesmos Estados.

No tocante ao contencioso internacional relacionado especificamente com os direitos humanos, vale mencionar a Corte Europeia e a Corte Interamericana, especializadas no trato dessa matéria, e já versadas no primeiro capítulo da segunda parte deste livro, sob o título proteção internacional dos direitos humanos (parágrafos 132 a 137).

A Convenção de Montego Bay, de 1982[17], instituiu uma jurisdição universal especializada, composta por vinte e um juízes eleitos pela Assembleia dos Estados-partes e sediada em Hamburgo, na Alemanha: o *Tribunal Internacional do Direito do Mar*. Seu domínio temático é a Convenção de 1992 e, pois, todo o moderno direito referente aos espaços marinhos e às suas

---

17. *V. retro* o § 200.

extensões. Têm acesso ao tribunal os Estados-partes e ainda, sobre o tema dos fundos marinhos, a *autoridade* e a *empresa* internacionais que a Convenção instituiu, bem como as empresas privadas que tenham estabelecido algum vínculo contratual com uma ou outra.

As regras de procedimento desse tribunal asseguram exemplar expediência. A Convenção de 1992 estabelece ainda, de modo expresso, que as medidas cautelares prescritas pelo tribunal do mar são obrigatórias[18].

Em 17 de janeiro de 2000 uma ação foi ajuizada pelo Panamá contra a França, cuja marinha havia apresado o barco panamenho *Camouco* e seu comandante, sob acusação de pesca ilegal. Na segunda semana de fevereiro, já consumada a instrução com memoriais e debates, o tribunal do mar proferiu sua decisão, satisfazendo ao pedido panamenho.

---

18. *V.* o art. 98, § 6, da Convenção de Montego Bay. Sobre medidas cautelares na Corte da Haia, *v. retro* o § 257.

# Capítulo II

# A GUERRA FRENTE AO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

**260.** ***Jus in bello*****.** Este nome latino refere-se ao direito *da guerra*, ao conjunto de normas, primeiro costumeiras, depois convencionais, que floresceram no domínio do direito das gentes quando a guerra era uma opção lícita para resolver conflitos entre Estados. *Jus in bello*, o direito aplicável *na guerra*, era, pois, aquele conjunto de normas cujo entendimento não tinha que ver com a ideia preliminar do *jus ad bellum*, o chamado direito *à guerra*, o direito de fazer a guerra quando esta parecesse justa. A noção de *guerra justa* ilustrou a obra dos clássicos. Santo Agostinho assim qualifica aquela que obedece a um desígnio divino e lembra que, para outros pensadores, justa é também a guerra que vinga injúrias ou força a restituição do que fora indevidamente tomado — embora lhe pareça que a natureza humana recolhe sofrimento de todas as guerras, e que o homem sábio as encara com contrição e dor, ainda que justas[1]. Muito tempo correu até que ganhasse certa generalidade a ideia — contudo elementar — de que em bom número de casos a "justiça" pode encontrar-se com um e outro dos beligerantes, não excluída a perspectiva de que a certeza de obedecer a um desígnio divino domine o espírito de ambos. De todo modo, a expres-

1. Agostinho, *A cidade de Deus*, livro I, cap. 21 e livro XIX, cap. 7.

são *guerra justa* não desapareceu da linguagem corrente. Ela é ainda hoje ouvida nos foros internacionais, mas quase que tão só com o propósito de definir o uso da força naquelas raras hipóteses em que o direito internacional contemporâneo o tolera: a legítima defesa real contra uma agressão armada, e a luta pela autodeterminação de um povo contra a dominação colonial.

Importante é recordar que, até certo ponto da primeira metade do século XX, a guerra, justa ou não, era juridicamente lícita. Foi sob esse signo, o da licitude do recurso às armas como meio de ação política, que se editaram as regras clássicas do direito da guerra, versadas na primeira seção deste capítulo.

## Seção I — DIREITO ANTERIOR À PROSCRIÇÃO DA GUERRA

**261. Velhas regras costumeiras.** Essas regras foram essencialmente humanitárias, o que vale dizer que estiveram votadas à proteção das vítimas da guerra, mais que ao ritual militar. Tornaram-se frequentes já no século XVI, nos chamados *cartéis e capitulações*, que eram acordos tópicos entre chefes militares, valendo apenas no âmbito do conflito a que dissessem respeito. Até que, no século XIX, tivesse início a elaboração escrita do direito da guerra, as normas costumeiras de maior prestígio cuidavam de proteger: (a) os *feridos e enfermos*, que deviam ser tratados como os do próprio exército que os capturasse, sendo devolvidos em seguida — e não retidos como prisioneiros de guerra; (b) os *médicos, enfermeiros e capelães*, igualmente não aprisionáveis, devendo poder retornar às suas linhas em caso de captura; (c) os *hospitais*, que, devidamente identificados por sinais exteriores próprios, eram imunes ao ataque; (d) os *prisioneiros de guerra*, que teriam sua vida poupada e, no momento certo, seriam intercambiados entre os beligerantes, sem pagamento de resgate; (e) a *população civil*, que quando pacífica —

isto é, não envolvida no esforço armado — devia ser poupada pelos beligerantes[2].

**262. Codificação: primeiros passos.** A Declaração de Paris de 1856, negociada pelos vencedores da guerra da Crimeia, dispõe sobre a guerra marítima, proibindo a prática do corso[3] e protegendo navios mercantes neutros contra os efeitos das hostilidades. A Declaração de São Petersburgo de 1868 proíbe, na guerra terrestre, o uso de certas armas capazes de provocar sofrimento desnecessário nos combatentes. A Declaração de Bruxelas de 1874, também relativa à guerra terrestre, dá certas garantias às pessoas que não participam do combate. Dentre os textos da época, porém, o mais importante é a Convenção de Genebra de 1864 — marco inicial do *direito humanitário* idealizado por Henry Dunant.

Havendo presenciado em 1859 a batalha de Solferino, no norte da Itália, onde austríacos e franceses se enfrentaram com superlativa violência, o suíço Henry Dunant publicou mais tarde seu livro *Uma lembrança de Solferino*, em que preconiza certo grau, ainda que mínimo, de humanização da guerra. De seus esforços, e do movimento de opinião por ele desencadeado, resultariam a Convenção de 1864 e a criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Contando dez artigos, a Convenção de Genebra de 1864 transforma em direito escrito aquelas normas costumeiras versadas no parágrafo anterior: o texto diz da proteção devida a médicos e outras pessoas envolvidas nos trabalhos de socorro, obriga ao tratamento, pelos beligerantes, dos feridos e enfermos, e imuniza contra qualquer ataque os hospitais e os veículos votados ao transporte hospitalar — cuja identificação geral, daí por diante, seria uma cruz vermelha sobre fundo branco.

---

2. *V*. Comité International de la Croix Rouge, *Commentaire du plan d'un cours sur le droit international humanitaire* (Jean Pictet), Genebra, *c*. 1976, p. 4.

3. Tais como os *piratas*, os *corsários* também se entregavam à pilhagem violenta de navios, e o faziam em proveito próprio. A diferença consistia em que o corsário atuava em tempo de guerra sob a autoridade de um soberano — que lhe houvesse expedido a "carta de corso" —, e tinha por alvo as embarcações de bandeiras inimigas. O interesse do soberano expedidor da carta resumia-se em causar ao inimigo o maior dano possível, mesmo não auferindo o produto direto da pilhagem.

Em 1899 reúne-se na Haia a primeira conferência internacional de paz. Seu produto são duas convenções relativas à guerra terrestre e marítima, onde se inova a proibição do uso de balões para lançamento de bombas, e também do emprego de gases asfixiantes. Esses textos seriam substituídos em 1907, quando da segunda conferência internacional de paz, por convenções ainda hoje em vigor, mas que, consagradas essencialmente a aspectos técnicos do conflito armado, caducaram em parte quando a opção pela guerra deixou de ser lícita.

**263. O direito da Haia: guerra e neutralidade.** As Convenções da Haia de 1907, em número de treze, exprimem o chamado "direito da Haia" ou *direito da guerra propriamente dito* — por oposição ao "direito de Genebra" ou *direito humanitário*. Ali se disciplinam práticas — como o ritual da prévia declaração de guerra, e o do armistício — já extintas pelo menos desde 1945, visto que só cabíveis no cenário da guerra lícita. Do direito da Haia, contudo, sobrevivem normas limitativas da liberdade de ação dos beligerantes, ainda hoje úteis no quadro dos conflitos armados que desafiam o ideal pacifista das Nações Unidas. Essas normas se poderiam agrupar em torno de três princípios básicos: (a) o dos limites *ratione personae* (os não combatentes serão poupados de qualquer ataque ou dano intencional); (b) o dos limites *ratione loci* (os lugares atacáveis são somente aqueles que configuram objetivos militares, cuja destruição total ou parcial representa para o autor do ataque uma clara vantagem militar); e (c) o dos limites *ratione conditionis* (proíbem-se as armas e os métodos de guerra capazes de ocasionar sofrimento excessivo aos combatentes inimigos[4]).

No contexto das duas grandes guerras do século XX, as Convenções da Haia enfrentaram as consequências de uma cláusula de solidariedade estampada em

4. *V*. Comité International de la Croix Rouge, *Commentaire*, cit., p. 43.

todas elas (a chamada "cláusula *si omnes*"), segundo a qual aquele conjunto de normas só seria aplicável às guerras onde *todos* os Estados envolvidos fossem partes nas Convenções. Assim, tanto a entrada da Libéria na primeira grande guerra quanto a da Itália, na segunda, serviram de argumento para que a Alemanha entendesse que a partir de então não mais operavam as Convenções da Haia, que aqueles dois países não haviam ratificado.

A *neutralidade*, segundo as regras da Haia (que a propósito, em suas linhas gerais, não sofreram qualquer modificação expressiva), é uma opção do Estado ante o fenômeno da guerra: entendendo de não perfilar entre os beligerantes, ele se qualifica automaticamente como *neutro*, e esse estatuto lhe importa direitos e deveres[5]. Seus direitos consistem basicamente na inviolabilidade de seu território (incluído o espaço aéreo, e também o mar territorial — onde vale o direito de passagem inocente, mas onde os beligerantes não podem entreter qualquer hostilidade recíproca), e na subsistência do seu direito de livre comércio com cada um dos flancos conflitantes. Seus deveres assentam sobre dois princípios: *imparcialidade* — implicando o tratamento igualitário de todos os beligerantes — e *abstenção* de qualquer envolvimento direto ou indireto nas hostilidades. Isto não significa, porém, que o Estado neutro tenha o dever de coibir manifestações de simpatia por um dos beligerantes quando provenientes de círculos privados (nunca de setores do próprio governo), ou que deva proibir empréstimos particulares e comércio particular de bens eventualmente úteis ao desforço militar dos Estados em conflito[6].

---

5. Essa neutralidade tópica, relacionada com o quadro concreto de uma guerra, não deve confundir-se com a chamada *neutralidade permanente* (ou convencional, ou perpétua) de Estados como a Suíça e a Áustria, obrigados, por normas expressas em tratados, a conservarem-se neutros em toda circunstância.

6. Já houve, no passado, maior rigor na determinação dos deveres do Estado neutro. *V.*, a propósito, a sentença arbitral no caso do *Alabama* (*retro*, § 186).

## Seção II — EVOLUÇÃO DA NORMA PROIBITIVA DA GUERRA (1919-1945)

**264. Pacto da SDN: o prazo moratório.** O Pacto da Sociedade das Nações, concluído em 1919, não vedou formalmente a guerra. Limitou-se a fazer dela a alternativa secundária, a ser idealmente preterida — e não mais uma opção perfeitamente legítima desde a primeira hora. Dispunha seu art. 12:

> "Todos os membros da Sociedade concordam em que, se entre eles surgir controvérsia suscetível de produzir ruptura, submeterão o caso seja ao processo da arbitragem ou à solução judiciária, seja ao exame do Conselho. Concordam também em que não deverão, em caso algum, recorrer à guerra antes da expiração do prazo de três meses após a decisão arbitral ou judiciária, ou o relatório do Conselho".

**265. Pacto Briand-Kellog: a renúncia.** Firmado em 1928, e em breve ratificado pela quase totalidade das soberanias da época, o Pacto de Paris — mais conhecido pela conjugação dos nomes dos ministros do exterior da França e dos Estados Unidos na época, Aristide Briand e Frank Kellog — representaria nítido progresso em relação ao documento-base da SDN. A guerra, aqui, já não é alternativa a ser evitada. Os Estados pactuantes condenam-na, e a ela renunciam, estatuindo:

> "As altas partes contratantes declaram solenemente condenar o recurso à guerra como meio de solucionar conflitos internacionais, e renunciam a ela como instrumento de política nacional nas suas relações mútuas. As altas partes contratantes reconhecem que a solução das disputas ou conflitos de qualquer natureza ou origem que possam surgir entre elas deverá ser buscada somente por meios pacíficos".

**266. Carta das Nações Unidas: a proibição formal e extensiva.** A Carta de São Francisco ditaria finalmente, em 1945, a proscrição da guerra e de fenômenos variantes, estabelecendo em seu art. 2º, § 4º:

"Os membros da Organização, em suas relações internacionais, abster-se-ão de recorrer à ameaça ou ao uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com os propósitos das Nações Unidas".

Importa observar que a Carta da ONU teve a oportuna cautela de não se referir nominalmente à *guerra* — termo sempre capaz de comportar interpretação restritiva —, mas a algo bem mais extenso e abrangente: o uso da força, e até mesmo a ameaça de tal atitude. Dentro do sistema das Nações Unidas, o único emprego legítimo do esforço armado singular é aquele com que certo país se defende de uma agressão, de modo imediato e efêmero: a organização, ela própria, deve dispor de meios para que esse confronto não perdure.

Este momento é adequado para uma abordagem sumária e didática de duas figuras de frequente incidência na cena internacional, quais sejam a retorsão e as represálias. Retorsão é a prática estatal de um ato pouco amistoso, porém lícito, para responder a igual procedimento por parte de outro Estado. Estamos no domínio da retorsão quando o Estado Y tributa, nos limites de sua competência fiscal, os produtos oriundos de X, a fim de reagir à política protecionista deste; ou quando convoca seu embaixador junto ao governo de X, deixando a missão por conta de um encarregado de negócios, à vista das restrições que esse país impôs ao número de membros de cada representação estrangeira em seu território[7]. Represália, por seu turno, é o ato ilícito com que certo Estado pretende penitenciar outro ilícito praticado por seu homólogo: assim certas ações hostis e armadas, mas também outras atitudes não exatamente agressivas — porém não menos ilegais —, como a penhora forçada dos bens invioláveis de um escritório consular. Próprias de uma sociedade internacional descentralizada, onde os mecanismos votados à segurança coletiva nem sempre operam de modo satisfatório, as represálias — armadas ou não — constituem à evidência uma afronta ao direito (se assim não fosse, não haveria represálias, mas mera retorsão). Contudo, o Estado que as pratica propende a alegar

---

7. Em março de 1989 a marinha chilena dificultou — dentro dos limites da lei — o trânsito de navios de pesca japoneses nos portos do Chile, em retorsão contra o fato de o Japão haver suspenso a importação de frutas chilenas por suspeitar de que estivessem contaminadas.

sua prerrogativa de autodefesa, intentando escusar a ilicitude do seu gesto com a invocação da ilicitude daquele outro procedimento, alheio, que lhe deu causa.

Visto que sempre carregadas de ilicitude, não faria sentido dizer que as represálias são "duplamente ilegais", mas apenas que são particularmente reprováveis ou odiosas quando (a) excedem a gravidade do fato a que pretendem responder, (b) lesam incidentalmente o direito de terceiros, ou (c) atingem pessoas ou bens protegidos contra represálias por norma expressa do direito humanitário — como os feridos, enfermos, náufragos e integrantes do pessoal de socorro.

## Seção III — DIREITO SUPERVENIENTE À PROSCRIÇÃO DA GUERRA

**267. O direito de Genebra: um imperativo humanitário.** Quatro convenções, celebradas em Genebra em 1949, deram sequência ao que ali mesmo havia sido pactuado em 1864 e em 1925. A guerra era agora vista como ilícito internacional, o que por certo fazia caducar uma série de normas — notadamente avençadas na Haia — sobre o ritual militar, mas não varria da cena internacional a perspectiva da eclosão de conflitos armados não menos sangrentos e duradouros que as guerras declaradas de outrora. Impunha-se atualizar e ampliar o acervo normativo humanitário. Com esse propósito as Convenções de 1949, numeradas de I a IV, versaram, nessa ordem, a proteção dos feridos e enfermos na guerra terrestre; a dos feridos, enfermos e náufragos na guerra naval; o tratamento devido aos prisioneiros de guerra; e finalmente a proteção dos civis em tempo de guerra.

Em linhas gerais, as convenções protegem (a) os soldados postos fora de combate porque feridos, enfermos ou náufragos, (b) os soldados reduzidos ao estatuto de prisioneiros de guerra, em caso de captura ou rendição, (c) todo o pessoal votado aos serviços de socorro, notadamente médicos e enfermeiros, mas também capelães, administradores e transportadores sanitários, e (d) os não combatentes, ou seja, os integrantes da população civil. O sistema protetivo das Convenções de Genebra repousa sobre alguns princípios, como o da *neutralidade* (a assistência

humanitária jamais pode ser vista como uma intromissão no conflito; em contrapartida, todas as categorias de pessoas protegidas devem abster-se, durante todo o tempo, de qualquer atitude hostil), o da *não discriminação* (o mecanismo protetivo não pode variar em função da raça, do sexo, da nacionalidade, da língua, da classe ou das opiniões políticas, filosóficas e religiosas das pessoas), e o da *responsabilidade* (o Estado preponente, e não o corpo de tropa, é responsável pela sorte das categorias de pessoas protegidas e pela fiel execução das normas convencionais).

As quatro Convenções de 1949 dizem respeito ao conflito armado *internacional*. Contudo, um artigo vestibular (o art. 3º), comum a todas elas, fixa uma pauta mínima de humanidade a prevalecer mesmo nos conflitos internos, proibindo, por exemplo, a tortura, a tomada de reféns, o tratamento humilhante ou degradante, as condenações e execuções sem julgamento prévio.

Dois *protocolos adicionais* às Convenções de 1949 foram concluídos em Genebra em 1977, com o propósito de reafirmar e desenvolver o direito internacional humanitário aplicável aos conflitos armados. O Protocolo I, relativo a conflitos internacionais, inclui nessa classe as *guerras de libertação nacional*. Seu texto desenvolve sobretudo a proteção das pessoas e dos bens civis, bem como dos serviços de socorro, e aprimora os mecanismos de identificação e sinalização protetivas. O Protocolo II é um largo desenvolvimento daquele art. 3º comum às Convenções de 1949, e cuida dos conflitos internos do gênero da guerra civil — excluindo, porém, em homenagem ao princípio da não ingerência internacional em assuntos de estrita competência interna, os tumultos e agitações de caráter isolado, onde não se possa detectar no flanco rebelde um mínimo de organização e responsabilidade.

As Convenções de 1949 tiveram aceitação universal. Os Protocolos de 1977, embora cubram um domínio onde as cautelas estatais são intensas, encontravam-se

no início de 2011 ratificados por cento e setenta países, sendo certo que bom número dessas ratificações foram qualificadas por *reservas*. O Brasil aderiu sem reservas aos dois Protocolos, em maio de 1992.

**268. Desarmamento e outros temas de trato recente.** Uma convenção concluída em 1954 no âmbito da UNESCO cuidou da proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. Outros tratados coletivos de grande porte numérico proibiram a produção e o emprego de armas bacteriológicas (1972), ou limitaram o uso de armas tradicionais que produzem traumatismo excessivo ou tendem a alvejar, sem discriminação, combatentes e civis — assim as armas incendiárias e determinadas minas (1981).

Em 1993 a Conferência sobre o desarmamento, reunida pela ONU, concluiu em Genebra uma grande convenção proibitiva das armas químicas. Pelo início de 2011 o número de Estados vinculados pela convenção e membros de sua executora, a Organização para Proibição das Armas Químicas, com sede na Haia, chega a cento e noventa.

No que concerne ao armamento nuclear, alguns tratados contiveram-se em limitar a periculosidade dos testes e experiências com bombas atômicas (1963, 1974). O Tratado de 1968 sobre a não proliferação das armas atômicas favorece a eternização do monopólio nuclear por parte dos Estados que na época já dominavam essa tecnologia — razão da indiferença com que foi visto de início por numerosos países, entre os quais o Brasil — que entretanto, à vista da conveniência política de fazê-lo, acabou por aderir ao tratado em 1996.

O Tratado de Tlatelolco, de 1967, proíbe o desenvolvimento da tecnologia nuclear para fins militares na América Latina, sendo anterior ao TNP e não tendo sua índole discriminatória. Parte em Tlatelolco, o Brasil envolveu-se ainda, no início dos anos noventa, em compromissos sub-regionais importantes: firmou com a Argentina, em 28 de novembro de 1990, um tratado de renúncia cabal ao uso militar da energia atômica e a todas as formas de explosão nuclear experimental, mesmo que para fins pacíficos; voltou a pactuar com a Argentina, no quadro da

AIEA, em Viena, em 13 de dezembro de 1991, sobre a submissão dos dois países aos sistemas de controle daquela Agência; e fez ainda, com Argentina e Chile, a Declaração de Mendoza de 5 de setembro de 1991, importando renúncia à produção e ao emprego de armas químicas e biológicas.

No plano bilateral, os Estados Unidos e a União Soviética deram início, em 1972, com as negociações chamadas SALT (*strategic arms limitations talks*), a um diálogo voltado para a disciplina de seus dispêndios com armamento nuclear e a limitação, tanto qualitativa quanto quantitativa, dos seus aparatos ofensivos. Foi o primeiro passo no longo e difícil processo de abandono da guerra fria, que assumiria ritmo acelerado nos últimos anos da década de oitenta, para consumar-se em 1990.

Em 31 de julho de 1991 os presidentes Bush e Gorbachev firmaram em Genebra um Tratado de redução de armas estratégicas (chamado START) por força do qual reduziram em cerca de um terço seus arsenais nucleares. Com o tratado START-II, assinado em Moscou, em 3 de janeiro de 1993, pelos presidentes Bush e Yeltsin, uma nova e drástica redução da ordem de dois terços foi avençada entre Estados Unidos e Rússia, com o que seus estoques de ogivas nucleares voltaram ao que eram trinta anos antes.

**269. Guerra total: hoje um falso problema.** Por duas vezes, no último século, a sociedade internacional foi palco de conflitos armados cujo alcance e gravidade levaram a refletir com maior rigor sobre seus efeitos no domínio do direito das gentes. A grande guerra, numa e noutra ocasião, foi áspera a ponto de haver comportado repetidas violações do próprio *jus in bello*, com que se pretendera garantir um padrão mínimo de compostura e humanidade no quadro da conflagração armada. Depondo ante o tribunal especial de Nuremberg em 15 de março de 1946, o marechal Hermann Göring pretendeu explicar o descaso do Reich alemão por seus compromissos exteriores, afirmando que a *guerra total* torna caducas todas as prescrições do direito internacional público.

Esse entendimento doutrinário de que a guerra de grande alcance tende a produzir sobre o direito das gentes efeito semelhante ao da revolução numa ordem jurídica interna — assumindo os vencedores a prerrogativa de ditar nova ordem — aparecera antes no *Memorandum O.K.W.*, de 1º de outubro de 1938, e não apenas os alemães o compartilhavam. Winston Churchill, falando à Câmara dos Comuns em 22 de fevereiro de 1944, prenunciara a vitória aliada e a rendição incondicional de seus inimigos, e terminara por garantir que as nações vitoriosas "teriam as mãos inteiramente livres no fim das hostilidades, e não estariam vinculadas por qualquer compromisso de ordem jurídica ante a Alemanha e seus aliados, devendo subordinar-se apenas às suas obrigações de ordem moral para com a civilização"[8].

Há nesse quadro um problema jurídico outrora importante, e hoje revestido do mais estrito academicismo. De fato, uma nova guerra total não faria desaparecer apenas o direito que rege as relações entre Estados, mas virtualmente tudo quanto resultou de alguns milênios de trabalho, reflexão e aprimoramento da raça humana, se essa mesma, de algum modo, puder subsistir. Ninguém desconhece tal perspectiva, e em razão dela se tem dito que o armamento nuclear, para os países que ainda o preservam e desenvolvem, é algo a não ser jamais utilizado. Há uma espécie de crise da grande guerra desde que esta se excluiu do rol das possibilidades razoáveis. O resultado são exercícios variantes de violência, geograficamente circunscritos, muitas vezes anacrônicos e de motivação frívola, flagelando de preferência os pequenos e fracos, os que de modo inevitável se privam do essencial quando envolvidos no empreendimento bélico, e que mais elementarmente dependem, nesse contexto, dos princípios e preceitos do direito internacional humanitário.

8. Cf. *Rousseau*, p. 348-349 e 372.

# ABREVIATURAS

## I — TEXTOS PRINCIPAIS

**Accioly** — *Tratado de direito internacional público*, de Hildebrando Accioly, Rio de Janeiro, MRE, 1956-1957 (3 v.).

**Consultas** — Conselho de Estado (1842-1889): *Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros*, Brasília, Câmara dos Deputados/MRE, 1978-1981 (4 v., cobrindo o período 1842-1857).

**McNair** — *The law of treaties*, de Arnold Duncan McNair, Oxford, Clarendon Press, 1961.

**O'Connell** — *International law*, de Daniel Patrick O'Connell, Londres, Stevens & Sons, 1970 (2 v.).

**Oliveira** — *Atos diplomáticos do Brasil* (até 1912), coordenados e anotados por José Manoel Cardoso de Oliveira, Rio de Janeiro, Jornal do Comércio, 1912 (2 v.).

**Pareceres** — *Pareceres dos consultores jurídicos do Ministério das Relações Exteriores*, Rio de Janeiro, MRE, 1956-1957 (4 v.).

**Rousseau** — *Droit international public*, de Charles Rousseau, Paris, Dalloz, 10. ed., 1984.

**Tunkin** — *Droit international public: problèmes théoriques*, de Grigory Tunkin, Paris, Pedone, 1965.

## II — PERIÓDICOS

**AFDI** — *Annuaire Français de Droit International* (Paris), 1955 —.

**A. Inst.** — *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Suíça), 1875 —.

**AJIL** — *American Journal of International Law* (EUA), 1907 —.

**Arch. Ph.** — *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* (Paris), 1931 —.

**BSBDI** — *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (Rio de Janeiro), 1945 —.

**BYIL** — *The British Year Book of International Law* (Oxford), 1920 —.

**ChJIL** — *Chinese Journal of International Law* (RPC), 2002 —.

**Col. L. R.** — *Columbia Law Review* (EUA), 1901—.

**Col. MRE** — *Coleção de Atos Internacionais — Ministério das Relações Exteriores* (Brasil).

**Dir.** — Direito (Rio de Janeiro), 1940-1953.

**Forense** — *Revista Forense* (Rio de Janeiro), 1904 —.

**NDB** — *Notícia do Direito Brasileiro* (Brasília), 1970 —.

**N. Y. Univ.** — *New York University Law Review* (EUA), 1925 —.

**ONU-TS** — Coleção de tratados (*Treaty Series*) publicados pelas Nações Unidas (1946 —).

**RDA** — *Revista de Direito Administrativo* (Rio de Janeiro), 1945 —.

**RDP** — *Revista de Direito Público* (São Paulo), 1967 —.

**Recueil CIJ** — *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour Internationale de Justice* (Países Baixos), 1949 —.

**Recueil CPJI** — *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour Permanente de Justice Internationale* (Países Baixos), 1922-1939.

**Recueil des Cours** — *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (Países Baixos), 1923 —.

**REDI** — *Revista Española de Derecho Internacional* (Madri), 1948 —.

**Rel. Int.** — *Relações Internacionais* (Brasília), 1978 —.

**R. Fac. MG** — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Belo Horizonte), 1894 —.

**R. Fac. SP** — *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (São Paulo), 1893 —.

**RGDIP** — *Revue Générale de Droit International Public* (Paris), 1894 —.

**RIL** — *Revista de Informação Legislativa* (Brasília), 1964 —.

**Riv. Dir.** — *Rivista di Diritto Internazionale* (Milão), 1906 —.

**RT** — *Revista dos Tribunais* (São Paulo), 1912 —.

**RTJ** — *Revista Trimestral de Jurisprudência* (Brasília), 1957 —.

**SDN-TS** — Coleção de tratados (*Treaty Series*) publicados pela Sociedade das Nações (1920-1946).

**Z. R. und V.** — *Zeitschrift fur ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (RFA), 1929 —.

## III — INSTITUIÇÕES

**AIEA** — Agência Internacional para a Energia Atômica (1956/57 —).

**ALADI** — Associação Latino-Americana de Integração (1980 —).

**ALALC** — Associação Latino-Americana de Livre Comércio (1960-1980).

**BIRD** — Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (1944/46 —).

**CECA** — Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1951/52 —).

**CEE** — Comunidade Econômica Europeia (1957 —).

**CEEA** — Comunidade Europeia da Energia Atômica (1957 —).

**CICV** — Comitê Internacional da Cruz Vermelha (1863/80 —).

**CIJ** — Corte Internacional de Justiça (1945 —).

**COMECON** — Conselho de Assistência Econômica Mútua (1949-1991).

**CPJI** — Corte Permanente de Justiça Internacional (1920/22-1939/46).

**FAO** — Organização para a Alimentação e a Agricultura (1943/45 —).

**FMI** — Fundo Monetário Internacional (1944/45 —).

**GATT** — Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (l947/48 —).

**LEA** — Liga dos Estados Árabes (1945 —).

**MERCOSUL** — Mercado Comum do Sul (1991 —).

**MRE** — Ministério das Relações Exteriores (Brasil).

**NAFTA** — Acordo de Livre Comércio da América do Norte (1992 —).

**OACI** — Organização da Aviação Civil Internacional (1944/47 —).

**OCDE** — Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (1960/61 —).

**ODECA** — Organização dos Estados Centro-Americanos (1951 —).

**OEA** — Organização dos Estados Americanos (1948/51 —).

**OECE** — Organização Europeia de Cooperação Econômica (1948-1961).

**OIT** — Organização Internacional do Trabalho (1919 —).

**OMC** — Organização Mundial do Comércio (1993/95 —).

**OMCI** — Organização Intergovernamental Consultiva da Navegação Marítima (1948/58 —).

**OMM** — Organização Meteorológica Mundial (1947/51 —).

**OMS** — Organização Mundial de Saúde (1946/48 —).

**ONU** — Organização das Nações Unidas (1945 —).

**OPAQ** — Organização para Proibição das Armas Químicas (1992/97 —).

**OPEP** — Organização dos Países Exportadores de Petróleo (1960 —).

**OTAN** — Organização do Tratado do Atlântico Norte (1949 —).

**OTASE** — Organização do Tratado do Sudeste Asiático (1954-1977).

**OUA** — Organização da Unidade Africana (1963 —).

**PV** — (Organização do) Pacto de Varsóvia (1955-1991).

**SDN** — Sociedade das Nações (1919-1939/47).

**STF** — Supremo Tribunal Federal (Brasil).

**UIT** — União Internacional de Telecomunicações (1865 —).

**UNESCO** — Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (1945/46 —).

**UNICEF** — Fundo das Nações Unidas para a Infância (1946/53 —).

**UPU** — União Postal Universal (1874-75 —).

# BIBLIOGRAFIA


**I — OBRAS GERAIS**

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. Rio de Janeiro, Ministério das Relações Exteriores, 1956-1957. 3 v.

ACCIOLY, Hildebrando & NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 1996.

AKEHURST, Michael. *A modern introduction to international law*. Londres, Allen & Unwin, 1990.

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Direito internacional público*. São Paulo, LTr., 1987.

ANTOKOLETZ, Daniel. *Derecho internacional público*. Buenos Aires, Ediar, 1972.

ANZILOTTI, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. Pádua, CEDAM, 1955. 2 v.

ARAÚJO, Luís I. de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

ATTAR, Franck. *Le droit international. Entre ordre et chaos.* Paris, Hachette, 1994.

BALLADORE-PALLIERI, Giorgio. *Diritto internazionale pubblico.* Milão, Giuffrè, 1962.

BASDEVANT, Jules. Règles générales du droit de la paix; *Recueil des Cours* (1936), v. 58, p. 471 e s.

BELLO, Andrés. *Principios de derecho internacional.* Buenos Aires, Atalaya, 1946.

BENADAVA, Santiago. *Derecho internacional público*. Santiago, ConoSur, 1997.

BLUNTSCHLI, Johann Caspar. *Le droit international codifié.* Paris, Guillaumin & Cie., 1881.

BOSON, Gerson de Brito Mello. *Direito internacional público.* 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

BRIERLY, James Leslie. Règles générales du droit de la paix; *Recueil des Cours* (1936), v. 58, p. 1 e s.

————. *The law of nations* (6. ed. com. por Humphrey Waldock). Oxford, University Press, 1963.

BRIGGS, Herbert W. *The law of nations: cases*, *documents and notes*. Nova York, Appleton-Century-Crofts, 1952.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford, Clarendon Press, 2003.

BUERGENTHAL, Thomas *et al. Manual de derecho internacional público.* México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

CALVO, Carlos. *Le droit international théorique et pratique.* Paris, A. Rousseau, 1896.

CARREAU, Dominique. *Droit international*. 7. ed. Paris, Pedone, 2001.

CARRILLO-SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de derecho internacional público.* Madri, Tecnos, 1994.

CASSESE, Antonio. *International law in a divided world.* Oxford, Clarendon Press, 1992.

CAVARÉ, Louis. *Le droit international public positif.* Paris, Pedone, 1967-1969. 2 v.

CHAUMONT, Charles. Cours général de droit international public; *Recueil des Cours* (1970), v. 129, p. 333 e s.

COMBACAU, Jean & SUR, Serge. *Droit international public*. 6. ed. Paris, Montchrestien, 2004.

CONFORTI, Benedetto. *Diritto internazionale*. 5. ed. Nápoles, Scientifica, 1999.

DELBEZ, Louis. *Les principes généraux du droit international public.* Paris, LGDJ, 1964.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público.* Rio de Janeiro, Forense, 2002.

DIEZ de VELASCO, Manuel. *Instituciones de derecho international público*. 10. ed. Madri, Tecnos, 1994.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, FORTEAU, Mathias & PELLET, Alain. *Droit international public*. 8. ed. Paris, LGDJ, 2010.

DREYFUS, Simone. *Droit des relations internationales.* 4. ed. Paris, Cujas, 1992.

DUDLEY-FIELD, David. *Outlines of an international code*. Nova York, Baker Voorhis, 1876.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. 5. ed. Paris, Dalloz, 2000.

DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. Paris, PUF, 1963.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito internacional*. São Paulo, Atlas, 2007.

FIORE, Pasquale. *Le droit international codifié.* Paris, Chevalier, 1890.

FRANCK, Thomas. *Fairness in international law and institutions.* Oxford, Clarendon Press, 1995.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Introdução ao direito internacional*. Campinas, Bookseller, 2002.

GAMBOA-SERAZZI, Fernando. *Manual de derecho internacional público.* Santiago, Universidad de Chile, 1983.

GIULIANO, Mario. *Diritto internazionale.* Milão, Giuffrè, 1974. 2 v.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional público.* Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2004.

GUGGENHEIM, Paul. *Traité de droit international public*. Genebra, Georg & Cie., 1967.

HACKWORTH, Green H. *Digest of international law.* Washington, U. S. Gov. Printing Office, 1940. 2 v.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford, Clarendon Press, 1995.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo, LTr, 2007.

ITUASSÚ, Oyama Cesar. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

JENNINGS, Robert Y. General course on principles of international law; *Recueil des Cours* (1967), v. 121, p. 323 e s.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo.* Madri, Tecnos, 1980.

————. International law in the past third of a century; *Recueil des Cours* (1978), v. 159, p. 1 e s.

JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo, LTr, 2000.

KELSEN, Hans. *Principles of international law.* Nova York, Rinehart, 1952.

————. Théorie du droit international public; *Recueil des Cours* (1953), v. 84, p. 1 e s.

KOROVIN, Y. A. *et al*. *Derecho internacional público.* México, Ed. Grijalbo, 1963.

KOSKENNIEMI, Marti. *From apology to utopia. The structure of international legal argument.* Helsinque, Lakimiesliiton Kustannus, 1989.

LISZT, Franz von. *Le droit international.* Paris, Pedone, 1927.

LITRENTO, Oliveiros. *Manual de direito internacional público.* 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

————. *Direito internacional público*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

LUZ, Nelson Ferreira da. *Direito internacional público.* São Paulo, Saraiva, 1963.

MANIN, Philippe. *Droit international public*. Paris, Masson, 1979.

MATTOS, José Dalmo F. B. *Manual de direito internacional público.* São Paulo, Saraiva, 1980.

MEIRA MATTOS, Adherbal. *Direito internacional público.* 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público.* 12. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2000. 2 v.

MELLO, Rubens Ferreira de. *Dicionário de direito internacional público*. Rio de Janeiro, s. ed., 1962.

————. *Textos de direito internacional e de história diplomática.* Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho Editor, 1950.

MIRANDA, Jorge. *Direito internacional público.* Lisboa, Pedro Ferreira Editor, 1995.

MONCADA, Antonio Cabral de. *Curso de direito internacional público*. Coimbra, Almedina, 1996.

MORELLI, Gaetano. *Nozioni di diritto internazionale.* Pádua, CEDAM, 1955.

MORENO-QUINTANA, Lucio Manuel. *Tratado de derecho internacional.* Buenos Aires, Sudamericana, 1963.

O'CONNELL, Daniel Patrick. *International law.* Londres, Stevens, 1970. 2 v.

PAGLIARINI, Mauro F. *Direito internacional público*. São Paulo, Juriscredi, 1971.

PEDERNEIRAS, Raul. *Direito internacional compendiado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961.

PEREIRA, André G. & QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público.* 4. ed. Coimbra, Almedina, 1997.

PUIG, Juan Carlos. *Derecho de la comunidad internacional*; parte general. Buenos Aires, Depalma, 1975. v. 1.

REUTER, Paul. *Droit international public*. Paris, PUF, 1973.

RIVAROLA PAOLI, Juan Bautista. *Derecho internacional público*. Assunção, Ediciones y Arte, 2000.

ROQUE, Sebastião José. *Direito internacional público*. São Paulo, Hemus, 1997.

ROUSSEAU, Charles. *Droit international public*. Paris, Sirey, 1970-1974-1977-1980-1983. 5 v.

————. *Droit international public*. 10. ed. Paris, Dalloz, 1984.

————. *Principes généraux du droit international public.* Paris, Pedone, 1944. t. 1.

RUIZ-MORENO, Isidoro. *Derecho internacional público*. Buenos Aires, J. Castagnola, 1943.

RUZIÉ, David. *Droit international public*. 7. ed. Paris, Dalloz, 1987.

SCHWARZENBERGER, Georg & BROWN, E. D. *A manual of international law*. Oxford, Professional Books, 1976.

SEARA-VÁSQUEZ, Modesto. *Derecho internacional público*. México, Porrúa, 1981.

SEPÚLVEDA, César. *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI.* México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

SERENI, Angelo Piero. *Diritto internazionale*. Milão, Giuffrè, 1956-1958-1960. 3 v.

SHAW, Malcolm N. *International law*. 6. ed. Cambridge, University Press, 2008.

SIBERT, Marcel. *Traité de droit international public*. Paris, Dalloz, 1951. 2 v.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo, Atlas, 2002.

SORENSEN, Max (editor). *Manual de derecho internacional público*. México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

STARKE, J. G. *An introduction to international law*. Londres, Butterworths, 1963.

THIERRY, Hubert *et al*. *Droit international public*. Paris, Montchrestien, 1975.

TUNKIN, Grigory Ivanovitch. *Droit international public: problèmes théoriques.* Paris, Pedone, 1965.

TUNKIN, Grigory Ivanovitch *et al*. *Contemporary international law*. Moscou, Progresso, 1969.

VALLE, Gerson. *Você conhece direito internacional público?* Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1974.

VATTEL, Emmerich de. *Droit des gens: principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains.* Washington, Carnegie Institution, 1916. 3 v.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. Trad. A. Truyol y Serra. Madri, Aguilar, 1969.

VISSCHER, Charles de. *Théories et réalités en droit international public*. 4. ed. Paris, Pedone, 1970.

VISSCHER, Paul de. Cours général de droit international public; *Recueil des Cours* (1972), v. 136, p. 1 e s.

WALDOCK, Humphrey. General course on public international law; *Recueil des Cours* (1962), v. 106, p. 70 e s.

WALLACE, Rebecca. *International law*. 2. ed. Londres, Sweet & Maxwell, 1992.

**II — NORMAS INTERNACIONAIS**

AGO, Roberto. Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne. Introduction; *Recueil des Cours* (1971), v. 134, p. 297 e s.

AKEHURST, Michael. The hierarchy of the sources of international law; *BYIL* (1974-1975), v. 47, p. 273 e s.

ARAÚJO, J. H. Pereira de. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro, MRE, 1958.

ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

AZEVEDO, Philadelfo. Os tratados e os interesses privados em face do direito brasileiro; *BSBDI* (1945), v. 1, p. 12 e s.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Inserção dos tratados no direito brasileiro; *RIL* (1996), v. 132, p. 71 e s.

BARBERIS, Julio. *Fuentes del derecho internacional*. La Plata, Ed. Platense, 1973.

————. La liberté de traiter des États et le *jus cogens*; *Z. R. und V.* (1970), p. 19 e s.

BAXTER, Richard. Treaties and custom; *Recueil des Cours* (1970), v. 129, p. 25 e s.

BENZ, Jacques. Le silence comme manifestation de volonté en droit international; *RGDIP* (1963), v. 67, p. 44 e s.

BERLIA, Georges. Contribution à l'interprétation des traités; *Recueil des Cours* (1965), v. 114, p. 284 e s.

BLIX, Hans. The requirement of ratification; *BYIL* (1953), v. 30, p. 352 e s.

————. *Treaty-making power*. Londres, Stevens, 1960.

BROWNLIE, Ian. The reality and efficacy of international law; *BYIL* (1981), v. 52, p. 1 e s.

BUZAN, Barry. Negotiating by consensus: developments in technique at the U. N. Conference on the law of the sea; *AJIL* (1981), v. 75, p. 327.

CARNEIRO, Levi. Acordo por troca de notas e aprovação pelo Congresso Nacional; *BSBDI* (1951), v. 13-14, p. 129 e s.

CHAILLEY, Pierre. *La nature juridique des traités internationaux*. Paris, Sirey, 1932.

————. *Théorie générale des traités internationaux.* Répertoire La Pradelle--Niboyet, Supplément, 1934, p. 294 e s.

CHAYET, Claude. Les accords en forme simplifiée; *AFDI* (1957), v. 3, p. 3 e s.

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados internacionais no Brasil e integração*. São Paulo, LTr, 1998.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo, Saraiva, 1994.

DEODATO (Maia Barreto), Alberto. Pode o Congresso apresentar emendas aos acordos internacionais?; *R. Fac. MG* (1953), v. 5, p. 140 e s.

DETTER, Ingrid. *Essays on the law of treaties*. Londres, Sweet & Maxwell, 1967.

DOLINGER, Jacob. As soluções da Suprema Corte brasileira para os conflitos entre o direito interno e o direito internacional: um exercício de ecletismo; *RF* (1996), v. 334, p. 71 e s.

DUPUY, René-Jean. L'application des règles du droit international général des traités aux accords conclus par les organisations internationales; *A. Inst.* (1973), v. 55, p. 214 e s.

ELIAS, Taslim O. Problems concerning the validity of treaties; *Recueil des Cours* (1971), v. 134, p. 333 e s.

————. *The modern law of treaties*. Leiden, Sijthoff, 1974.

FENWICK, Charles. Reservation to multilateral treaties; *AJIL* (1951), v. 45, p. 145 e s.

————. When is a treaty not a treaty; *AJIL* (1952), v. 46, p. 296 e s.

FITZMAURICE, Gerald Gray. Do treaties need ratification?; *BYIL* (1934), v. 15, p. 113 e s.

————. The juridical clauses of the peace treaties; *Recueil des Cours* (1948), v. 73, p. 351 e s.

FRAGA, Mirtô. *Conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

FRIEDRICH, Tatyana S. *As normas imperativas de direito internacional público — Jus cogens*. Belo Horizonte, Fórum, 2004.

GAMBLE Jr., John K. Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice; *AJIL* (1980), v. 74, p. 372 e s.

GUGGENHEIM, Paul. *Les deux éléments de la coutume en droit international*. Paris, Études Scelle, 1950.

HERMES Jr., J. S. da Fonseca. O poder Legislativo e os atos internacionais; *BSBDI* (1953), v. 17-18, p. 117 e s.

HOLLOWAY, Kaye. *Modern trends in treaty law*. Londres, Stevens, 1967.

IMBERT, Pierre-Henri. *Les réserves dans les traités internationaux*. Paris, Pedone, 1979.

JENKS, Wilfred. The conflict of law-making treaties; *BYIL* (1953), v. 30, p. 401 e s.

JESSUP, Philip C. *Transnational law*. New Haven, Yale University Press, 1956.

KASME, Badr. *La capacité de l'ONU de conclure des traités*. Paris, LGDJ, 1960.

KELSEN, Hans. La théorie juridique de la convention; *Arch. Ph.* (1940), v. 10, p. 33 e s.

————. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public; *Recueil des Cours* (1926), v. 14, p. 231 e s.

KUNZ, Josef Laurenz. The nature of customary international law; *AJIL* (1953), v. 47, p. 665 e s.

LACHS, Manfred. Le développement et les fonctions des traités multilatéraux; *Recueil des Cours* (1957), v. 92, p. 229 e s.

LA GUARDIA, Ernesto de & DELPECH, Marcelo. *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*. Buenos Aires, La Ley, 1970.

LAUTERPACHT, Hersch. Codification and development of international law; *AJIL* (1955), v. 49, p. 16 e s.

LISSITZYN, Oliver. Efforts to codify or restate the law of treaties; *Col. L. R.* (1962), v. 62, p. 1166 e s.

————. The law of international agreements in the restatement; *N. Y. Univ.* (1966), v. 41, p. 96 e s.

————. Territorial entities other than independent States in the law of treaties; *Recueil des Cours* (1968), v. 125, p. 1 e s.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

MAREK, Krystyna. Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI; *RGDIP* (1962), v. 66, p. 260 e s.

MARÍN-LOPES, Antonio. El problema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional en las constituciones; *REDI* (1952), v. 5, p. 529 e s.

McNAIR, Arnold Duncan. Les effets de la guerre sur les traités; *Recueil des Cours* (1937), v. 59, p. 527 e s.

————. *The law of treaties*. Oxford, Clarendon Press, 1961.

MEDEIROS, A. P. Cachapuz de. *O poder Legislativo e os tratados internacionais.* Porto Alegre, L. & P. M., 1983.

MELLO, C. D. de Albuquerque. *Ratificação de tratados*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1966.

————. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

————. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre, Fabris, 1995.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí, Unijuí, 2005.

PARRY, Clive. *The sources and evidences of international law*. Manchester (Reino Unido) University Press, 1965.

————. The treaty-making power of the United Nations; *BYIL* (1949), v. 26, p. 108 e s.

PASTOR-RIDRUEJO, José Antonio. Le droit international à la veille du XXe. siècle: normes, valeurs et faits; *Recueil des Cours* (1988), v. 274, p. 9 e s.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Da comunidade internacional e do seu direito*. Coimbra, Coimbra Ed., 1996.

RANGEL, Vicente Marotta. La procédure de conclusion des accords internationaux au Brésil; *R. Fac. SP* (1960), v. 55, p. 253 e s.

————. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais; *BSBDI* (1967), v. 45-46, p. 29 e s.

————. *The role of informal negotiations in the search for a consensus on the law of the sea*. Boulder, Westview Press, 1984.

REUTER, Paul. *Introduction au droit des traités*. Paris, Armand Colin, 1972.

————. *La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités*. Paris, Armand Colin, 1970.

REZEK, J. Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

————. *Droit des traités: particularités des actes constitutifs d'organisations internationales*. Haia, Centre d'Études ADI, 1968.

————. Perspectiva do tratado institucional; *NDB* (1972), v. 3, p. 15 e s.

————. Sur le fondement du droit des gens; *Theory of international law at the threshold of the 21st century: essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*. Haia, Kluwer, 1996, p. 269 e s.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e as normas do Mercosul*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

————. Alguns problemas de direito dos tratados, relacionados com o direito constitucional, à luz da Convenção de Viena. *Supl. do Boletim da Fac. de Direito da Universidade de Coimbra* (1972), v. 19.

————. Os acordos em forma simplificada; *R. Fac. SP* (1973), v. 68, p. 319 e s.

ROSENNE, Shabtai. *A guide to the legislative history of the Vienna Convention.* Leiden, Sijthoff, 1970.

————. The depositary of international treaties; *AJIL* (1967), v. 61, p. 923 e s.

ROUSSEAU, Charles. De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international; *RGDIP* (1932), v. 36, p. 133 e s.

RUDA, José Maria. Reservations to treaties; *Recueil des Cours* (1975), v. 146, p. 95 e s.

SEPÚLVEDA, César. La autoridad de los tratados internacionales en el derecho interno; *Bol. del Instituto de Derecho Comparado*, México (1962), n. 45.

SETTE CAMARA, José. A importância da ratificação no processo de conclusão dos tratados internacionais; *BSBDI* (1952), v. 15-16, p. 74 e s.

————. *The ratification of international treaties*. Toronto, Ontario Publishing Co., 1949.

SIDOU, J. M. Othon. Os acordos internacionais no recesso parlamentar; *RDP* (1970), v. 12, p. 113 e s.

SILVA, G. E. do Nascimento e. A referenda pelo Congresso Nacional dos tratados internacionais; *Dir*. (1947), v. 46, p. 41 e s.

————. *Conferência de Viena sobre o direito dos tratados*. Brasília, MRE, 1971.

————. Dos conflitos de tratados; *BSBDI* (1971), v. 53-54, p. 30 e s.

————. Le facteur temps et les traités; *Recueil des Cours* (1977), v. 154, p. 215 e s.

————. The 1986 Vienna Convention and the treaty-making power of international organizations; *German Yearbook of International Law* (1986), Berlim, v. 29, p. 68 e s.

————. Treaties as evidence of costumary international law; *International law at the time of its codification: essays in honour of Roberto Ago*. Milão, Giuffrè, 1987, p. 387 e s.

SOHN, Louis B. Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties; *Recueil des Cours* (1976), v. 150, p. 195 e s.

SORENSEN, Max. *Les sources du droit international*. Copenhague, Einar Munksgaard, 1946.

SPERDUTI, Giuseppe. Diritto internazionale e diritto interno; *Riv. Dir.* (1958), v. 41, p. 188 e s.

TRIEPEL, Carl Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international; *Recueil des Cours* (1923), v. 1, p. 77 e s.

VALLADÃO, Haroldo Teixeira. Aprovação de ajustes internacionais pelo Congresso Nacional; *BSBDI* (1950), v. 11-12, p. 95 e s.

————. Conceito moderno de ratificação dos tratados e convenções; *BSBDI* (1962), v. 35-36, p. 53 e s.

————. Necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional de acordo internacional; *BSBDI* (1969), v. 49-50, p. 111 e s.

VERDROSS, Alfred. Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale; *Recueil des Cours* (1935), v. 52, p. 195 e s.

VISSCHER, Paul de. *De la conclusion des traités internationaux*. Bruxelas, Bruylant, 1943.

WRIGHT, Quincy. International law in its relations to constitutional law; *AJIL* (1923), v. 17, p. 234 e s.

**III — PERSONALIDADE INTERNACIONAL**

ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba, Juruá, 1996.

ALMEIDA, Guilherme Assis de *et al. O direito internacional dos refugiados*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*. 2. ed. São Paulo, LTr, 1998.

AMARAL JR., Alberto do. *O direito de assistência humanitária*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo, LTr, 1998.

BARAV, Ami & PHILIP, Christian. *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*. Paris, PUF, 1993.

BARDONNET, Daniel. *L'adaptation des structures et méthodes des Nations Unies*. Dordrecht, 1986.

————. Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé; *Recueil des Cours* (1976), v. 153, p. 9 e s.

BASSO, Maristela *et al. Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

BEDJAOUI, Mohammed. *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de securité*. Bruxelas, Bruylant, 1994.

BINDSCHEDLER, Denise. Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international; *Recueil des Cours* (1968), v. 124, p. 459 e s.

BOWETT, D. W. *The law of international institutions*. Londres, Stevens, 1970.

CARRILLO-SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y derecho internacional*. Madri, Tecnos, 1976.

CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo, LTr, 1996.

CAVARZERE, Thelma Thais. *Direito internacional da pessoa humana: circulação internacional de pessoas*. Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Vigência das convenções de Genebra sobre letras de câmbio, promissórias e cheques; *RT* (1968), v. 390, p. 48 e s.

CRAWFORD, James. The criteria for statehood in international law; *BYIL* (1976-1977), v. 48, p. 93 e s.

————. Democracy and international law; *BYIL* (1993), v. 64, p. 113 e s.

DIEZ DE VELLASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. Madri, Tecnos, 8. ed., 1994.

DOLINGER, Jacob. *A criança no direito internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

DONNER, Ruth. *The regulation of nationality in international law*. Helsinque, Societas Scientiarum Fennica, 1983.

DUPUY, René-Jean. L'application des règles du droit international général des traités aux accords conclus par les organisations internationales; *A. Inst.* (1973), v. 55, p. 214 e s.

FLORÊNCIO, Sérgio & ARAÚJO, Ernesto H. F. *Mercosul hoje*. São Paulo, Alfa Omega, 1996.

FONTENELE, Leopoldo César. *Asilo político: liberdades individuais e direito de revolução.* Brasília, Senado Federal, 1993.

GONIDEC, Pierre François. Problèmes intéressant les États nouveaux. Note sur le droit des conventions internationales en Afrique; *AFDI* (1965), v. 11, p. 866 e s.

HARDY, Michael. *Modern diplomatic law*. Manchester University Press, 1968.

HELD, Charles-Edouard. *Les accords internationaux conclus par la Communauté économique européenne*. Vevey, Säuberlin & Pfeiffer, 1977.

HERCZEGH, Geza. *Development of international humanitarian law*. Budapest, Akadémiai Kiadó, 1984.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Droit des libertés fondamentales*. Paris, LGDJ, 1998.

JENKS, Wilfred. Some constitutional problems of international organizations; *BYIL* (1945), v. 22, p. 11 e s.

————. State succession in respect of law-making treaties; *BYIL* (1952), v. 29, p. 105 e s.

JENNINGS, Robert. *The acquisition of territory in international law*. Manchester, University Press, 1963.

KASME, Badr. *La capacité de l'ONU de conclure des traités*. Paris, LGDJ, 1960.

KELSEN, Hans. *Recent trends in the law of the United Nations (a supplement to "The law of the United Nations")*. Londres, Stevens, 1951.

KRIEGER, César Amorim. *Direito internacional humanitário*. Curitiba, Juruá, 2004.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

LISSITZYN, Oliver. Territorial entities other than independent States in the law of treaties; *Recueil des Cours* (1968), v. 125, p. 1 e s.

LUPI, André. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo, Aduaneiras, 2001.

MADRUGA Filho, Antenor. *A renúncia à imunidade de jurisdição pelo Estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

MELLO, C. D. de Albuquerque. *Responsabilidade internacional do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

MORGENSTERN, Felice. Legality in international organizations; *BYIL* (l976-1977), v. 48, p. 241 e s.

PARRY, Clive. The treaty-making power of the United Nations; *BYIL* (1949), v. 26, p. 108 e s.

PELLEGRINO, Carlos Roberto M. *Construire le marché commun latino-américain: la supranationalité et la question constitutionnelle.* Europa-Institut der Universität des Saarlandes, 1985.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo, Max Limonad, 2004.

RAMA-MONTALDO, M. International legal personality and implied powers of international organizations; *BYIL* (1970), v. 44, p. 11 e s.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Do direito português da nacionalidade*. Coimbra, Coimbra Ed., 1992.

RANJEVA, Raymond. Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international; *Recueil des Cours* (1997), v. 270, p. 9.

RESENDE DE BARROS, Sérgio. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

REZEK, J. Francisco. Le droit international de la nationalité; *Recueil des Cours* (1986), v. 198, p. 333 e s.

————. Perspectiva do regime jurídico da extradição; *Rel. Int.* (1978), v. 1, p. 39 e s.

————. Reciprocity as a basis of extradition; *BYIL* (1982), v. 52, p. 171 e s.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o direito internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e as normas do Mercosul*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

ROSENNE, Shabtai. United Nations Treaty Practice; *Recueil des Cours* (1954), v. 86, p. 279 e s.

RUSSOMANO, Gilda M. C. M. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro.* 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

RUZIÉ, David. *Organisations internationales et sanctions internationales*. Paris, Armand Colin, 1971.

SANDS, Philippe & KLEIN, Pierre. *Bowett's law of international institutions*. Londres, Sweet & Maxwell, 2001.

SHEARER, Ivan Anthony. *Extradition in international law*. Manchester (Reino Unido), University Press, 1971.

SHIHATA, Ibrahim. The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the legal treatment of foreign investment; *Recueil des Cours* (1987), v. 203, p. 95.

SILVA, G. E. do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. Rio de Janeiro, Thex Ed., 1995.

————. Os miniestados; *BSBDI* (1992), v. 79-80, p. 77 e s.

SOARES, Guido F. S. *Das imunidades de jurisdição e de execução*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

————. As imunidades de jurisdição na justiça trabalhista brasileira; *BSBDI* (1992), v. 77-78, p. 101 e s.

————. O terrorismo internacional e a Corte Internacional de Justiça; *Terrorismo e direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 209 e s.

SOHN, Louis B. & BUERGENTHAL, Thomas. *International protection of human rights*. Nova York, Bobbs-Merril, 1973.

SOREL, Jean-Marc. L'émergence de la personne humaine en droit international: l'exemple de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice; *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*. Roma, Editoriale Scientifica, 2004, p. 2169 e s.

STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. *Soberania e integração latino-americana: uma perspectiva constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

TENEKIDES, Georges. *L'individu dans l'ordre juridique international*. Paris, Pedone, 1933.

VELLOSO, Carlos Mário. A extradição e seu controle pelo Supremo Tribunal Federal; *Terrorismo e direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 115 e s.

VIRALLY, Michel *et al. Les missions permanentes auprès des organisations internationales.* Bruxelas, Bruylant, 1971. 4 t.

WEERAMANTRY, Christopher. *Justice without frontiers: furthering human rights*. Haia, Kluwer, 1997. 2 v.

ZEMANEK, Karl. State sucession after decolonisation; *Recueil des Cours* (1965), v. 116, p. 239 e s.

## IV — DOMÍNIO PÚBLICO INTERNACIONAL

BARDONNET, Daniel. La largeur de la mer territoriale; *RGDIP* (1962), v. 33, p. 34 e s.

FIORATI, Jete Jane. A convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 e os organismos internacionais por ela criados; *RIL* (1997), n. 133, p. 129 e s.

FLEISCHHAUER, Carl-August. The new regime of maritime fisheries. *Recueil des Cours* (1988), v. 209, p. 95 e s.

LARSEN, P. *et al. Aviation Law.* New York, Ardsley, 2006.

NAVEAU, J. *et al. Précis de droit aérien.* Bruxelas, Bruylant, 2006.

RANGEL, Vicente Marotta. Le plateau continental dans la Convention de 1982 sur le droit de la mer; *Recueil des Cours* (1985), v. 194, p. 269 e s.

————. O direito do mar e sua unificação legislativa entre países de língua portuguesa; *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1984.

————. *The role of informal negotiations in the search for a consensus on the law of the sea*. Boulder, Westview Press, 1984.

ROCHA, Francisco Ozanan Gomes. *The International Tribunal for the Law of the Sea*. Hamburgo, Universitätspublikationen, 2001.

SETTE CAMARA, José. Pollution of international rivers; *Recueil des Cours* (1983), v. 186, p. 117 e s.

**V — CONFLITOS INTERNACIONAIS**

ACCIOLY, Elizabeth. *Sistema de solução de controvérsias em blocos econômicos*. Coimbra, Almedina, 2004.

BEDJAOUI, Mohammed. *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de securité*. Bruxelas, Bruylant, 1994.

BINDSCHEDLER, Denise. Le règlement des différends relatifs au statut d'un organisme international; *Recueil des Cours* (1968), v. 124, p. 459 e s.

BLIX, Hans *et al. The International Court of Justice: process, practice and procedure*. Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1997.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A autoridade da coisa julgada no direito internacional público*. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GOY, Raymond. *La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice*. Paris, Notes et Études Documentaires, 1977.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: International law and how we use it*. Oxford, Clarendon Press, 1994.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo, Saraiva, 1996.

LAFER, Celso. A diplomacia brasileira e o terrorismo; *Terrorismo e direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 103 e s.

LAUTERPACHT, Hersch. *The development of international law by the International Court*. Londres, Stevens, 1958.

MAREK, Krystyna. Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI; *RGDIP* (1962), v. 66, p. 260 e s.

MBAYE, Kéba. L'intérêt pour agir devant la Cour Internationale de Justice. *Recueil des Cours* (1988), v. 209, p. 223 e s.

McNAIR, Arnold Duncan. Les effets de la guerre sur les traités; *Recueil des Cours* (1937), v. 59, p. 527 e s.

McWHINNEY, Edward. The US/British invasion of Iraq and the United Nations Charter prohibition of the use of force: the paradox of unintended consequences; *ChJIL* (2003), v. 2.2, p. 571 e s.

MELLO, C. D. de Albuquerque. *Guerra interna e direito internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 1985.

MORELLI, Gaetano. La théorie générale du procès international; *Recueil des Cours* (1937), v. 61, p. 257 e s.

ODA, Shigeru. The International Court of Justice viewed from the bench; *Recueil des Cours* (1993), v. 244, p. 9 e s.

PELLET, Alain. Terrorismo e guerra: o que fazer das Nações Unidas?; *Terrorismo e Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 173 e s.

ROSENNE, Shabtai. *The law and practice of the International Court, 1920-1996*. Haia, Martinus Nijhoff, 1997. 4 v.

SCHWEBEL, Stephen. *International arbitration: three salient problems*. Cambridge, Grotius, 1987.

SOHN, Louis B. Settlement of disputes relating to the interpretation and application of treaties; *Recueil des Cours* (1976), v. 150, p. 195 e s.

STURZO, Luigi. *The international community and the right of war*. Nova York, Howard Fertig, 1970.

VELLOSO, Ana Flávia. O terrorismo internacional e a legítima defesa no direito internacional: o artigo 51 da Carta das Nações Unidas; *Terrorismo e Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 183 e s.

## VI — OUTRAS OBRAS

CERVO, Amado Luiz. *História da política exterior do Brasil*. 2. ed. Brasília, Ed. UnB, 2002.

COLARD, Daniel. *Les relations internationales de 1945 à nos jours*. 4. ed. Paris, Masson, 1991.

COLLIARD, Claude-Albert. *Institutions des relations internationales*. 7. ed. Paris, Dalloz, 1978.

COLLIARD, Claude-Albert & MANIN, Aleth. *Documents de droit international et d'histoire diplomatique*. Paris, Publications de la Sorbonne, 1975-1979. 2 v.

DELMAS-MARTY, Mireille. The imaginative forces of law; *ChJIL* (2003), v. 2.2, p. 623 e s.

DINIZ, Arthur. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre, Fabris, 1995.

GUILLAUME, Gilbert. *Les grandes crises internationales et le droit*. Paris, Editions du Seuil, 1994.

JOUVE, Edmond. *Relations internationales du tiers monde*. Paris, Berger-Levrault, 1976.

KAPLAN, Morton & KATZENBACH, Nicholas. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro, Zahar, 1964.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

MELLO, C. D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional: uma introdução*. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí, Unijuí, 2005.

OCTAVIO, Rodrigo. *Rasgos de la política internacional del Brasil en América*. Havana, El Siglo XX, 1925.

OLIVEIRA, Odete Maria. *Relações internacionais: estudos de introdução*. Curitiba, Juruá, 2001.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. Prived international law: selected problems. *Recueil des Cours* (1988), v. 210, p. 9 e s.

PASTOR-RIDRUEJO, José Antonio. Le droit international à la veille du XXe. siècle: normes, valeurs et faits; *Recueil des Cours* (1988), v. 274, p. 9 e s.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Da comunidade internacional e do seu direito*. Coimbra, Coimbra Ed., 1996.

REUTER, Paul & COMBACAU, Jean. *Institutions et relations internationales*. Paris, PUF, 1980.

SETTE CAMARA, José. The International Law Commission: discourse and method; *International law at the time of its codification*: *essays in honour of Roberto Ago*. Milão, Giuffrè, 1987, p. 467 e s.

SKUBISZEWSKI, Krzysztof. The contribution of the academy to the development of the science and practice of public international law; *Recueil des Cours* (1998), v. 271, p. 57 e s.

SPERDUTI, Giuseppe. Diritto internazionale e diritto interno; *Riv. Dir*. (1958), v. 41, p. 188 e s.

STADTMULLER, Georg. *Historia del derecho internacional público*. Madri, Aguilar, 1961.

ZOLLER, Elisabeth. *La bonne foi en droit international public*. Paris, Pedone, 1977.

# ÍNDICE REMISSIVO

Este índice remete aos parágrafos numerados de 1 a 269, com destaque em negrito para os tópicos de melhor tratamento da matéria.